

SENATO DELLA REPUBBLICA

Comm. Laurin

LAVRIA: «DE BREVI TATE VITAE»

Francesco De Martino

la
Rit.
o. 10/12
9.

✓ Sono l'ultimo fra i romanisti napoletani ad avere i titoli scientifici per commemorare degnamente Mario Lauria e solo l'età e la grande stima ed affetto che sempre ^{ebb'} per lui, oltre che la lunga colleganza, giustificano la scelta che l'Università e la Facoltà giuridica hanno fatto. Non posso tacere che l'amico e collega Labruna ha vinto le mie resistenze con reiterate ed affettuose pressioni, del che lo ringrazio. <

4
a capo!

Il compito è molto impegnativo e mi obbliga a rivivere i lunghi anni, oltre sessanta, del suo impegno scientifico ed i miei che vi si avvicinano, essendo io di poco meno anziano di lui. Ma io lo considerai sempre più che un collega un maestro, attratto ed affascinato proprio da quelle sue alte qualità che io sapevo di non avere, e per i suoi interessi scientifici, tanto diversi dai miei, almeno quelli dell'età matura. Così mentre egli sempre di più si appassionava per i problemi dell'ordo iuris e ne scopriva l'unità sostanziale, io invece mi venivo impegnando nello studio dei fattori economico-sociali e della loro influenza sui mutamenti politico-istituzionali dello Stato romano nelle varie epoche della sua lunga esistenza. Così i temi delle fonti e del metodo dei giuristi non erano certo estranei alla mia ricerca, ma erano considerati solo nel quadro dei problemi costituzionali. <

4
a capo!

✓ Eppure nella diversità degli interessi vi era un fondo comune: in primo luogo l'ispirazione storica, che egli ha tanto limpidamente manifestata nel discorso sul metodo che ha premesso alla prima parte del suo libro "Ius. Visioni romane e moderne", dedicata appunto allo studio storico del diritto.

Il suo storicismo attraverso Croce, ritengo, si ricollegava al pensiero di Vico ed aveva natura e sostanza autenticamente liberale. Il mio nasceva da un superamento del positivismo, che si trovava nel pensiero di Pietro Bonfante, e nella rielaborazione critica del pensiero di Marx, rifiutato come dogma, come era nella moda del tempo, ma assunto come metodo per comprendere la vita ed il modo di essere degli uomini veri in condizioni reali date. *2 a cap*

[Ma anche per una seconda caratteristica sento di avere molto di comune con il compianto amico, cioè per il rifiuto del principio di autorità e della dipendenza da opinioni altrui, anche se professate da grandi maestri. In questo devo dire che Mario Lauria mi ha superato, perchè egli ha criticato tutte le concezioni storico-giuridiche esistenti ai nostri tempi ed in realtà ha riconosciuto un solo maestro all'altezza dei temi che lo avevano cominciato ad affascinate, quelli dell'ordo iuris, e questo maestro era Otto Lenel, l'autore famoso dell'Edictum perpetuum e della Palingenesia, vale a dire della ricostruzione delle opere dei giuristi. Ma questo maestro che si era scelto andava tuttavia criticato, con l'intento di superarlo in una nuova conoscenza delle fonti e nella ricostruzione appunto dell'ordo iuris, cui egli ha dedicato anni di intense e fervide ricerche nelle quali era indispensabile una conoscenza di tutte le fonti, sia quelle strettamente giuridiche, sia quelle letterarie di ogni genere, comprese ^{come risulta} quelle patristiche, che egli scrutò profondamente ~~dal~~ ^{dal} suo lungo saggio su Nomen Christianum. Questa padronanza della

fonti era prodigiosa e richiama alla mente i grandi predecessori del secolo XVI, Cuiacio e Gotofredo o studiosi più vicini a noi, come S. Solazzi. L'idea originale che scaturisce dalla sua ricerca è quella (dell'unità dell'ordo iuris e conseguentemente dell'unità del diritto, rifiutando le separazioni per dir così accademiche, che escludono l'insegnamento del diritto pubblico dal corso di diritto romano, una separazione che anche A. Guarino respinge, considerando l'ordinamento giuridico romano come una realtà unitaria

~~(Storia, 37)~~ Molti manuali di storia del diritto romano trattano tanto del diritto pubblico quanto del privato, ma Lauria dedicò un corso di lezioni nell'ambito del diritto romano al diritto pubblico. ~~del~~ ~~hanno~~ → Tuttavia questo è solo un aspetto marginale della sua concezione dell'unità dell'ordo iuris, per intendere la quale occorre ripercorrere le fasi della sua attività di studioso. *2a up*

↑
[I primi studi sono del 1927, seguendo la cronologia che risulta dalla Raccolta di scritti, dovuta all'iniziativa della Facoltà e curata da F. D'Ippolito. Essi sono preceduti da tre recensioni critiche, al libro di A. Checchini, "Dal Comune di Roma al Comune moderno" (1925), da "La patria nel diritto pubblico romano" di E. De Ruggiero (1925) e "Naturalis Obligatio" di H. Siber (1926), quest'ultima più elaborata e nettamente critica sulle teorie professate dall'~~Autore~~ *dalla scuola tedesca*.

[Nel 1927 appare "L'errore nei negozi giuridici", un lungo saggio, nel quale l'~~Autore~~ rileva lo scarso interesse

H (Storia, 38).

o (Studi e ricordi, 1983).

degli studiosi moderni per il tema e sottopone le fonti ad un penetrante esame critico, a cominciare dalle categorie tradizionali dei vari casi di errore, e ricollegandosi correttamente alla concezione classica della volontà nei negozi giuridici. Dopo di allora il tema è stato ripreso in esame da numerosi studiosi il che dimostra quanto avesse ragione il giovane romanista napoletano nel lamentare lo scarso interesse dei giuristi. Non sempre le opinioni di Lauria furono tenute nel giusto conto dagli studiosi successivi, come rileva anche Zilletti, che ha dedicato un ampio studio al tema dell'errore e che definisce il saggio di ^{Lauria} ~~La~~ "un acuto saggio". La ~~contrapposizione~~ ^{contrapposizione} tra la voluntas dei classici e l'animus dei compilatori giustinianeî, dalla quale ^{Lauria} ~~La~~ moveva per definire il corso storico della teoria dell'errore, schierandosi nettamente per l'esistenza di essa, è stata riaperta negli anni a cavallo della guerra soprattutto per i contributi del Riccobono e la nuova visione che egli ha proposto dagli sviluppi del diritto classico. A me pare tuttavia, che pur senza negare in modo aprioristico la possibile esistenza di tendenze antichistiche nel diritto classico, non sia giustificato storicamente il rifiuto della contrapposizione voluntas-animus. Lauria sostiene, ed è questa la parte fondamentale della sua ricerca, che le categorie dell'errore non sono ^{dei} ~~classici~~, essendo estranee alla loro mentalità, e che essi consideravano, nei singoli casi se un errore avesse, nelle circostanze date, invalidato la volontà. Egli fornisce per questa tesi un penetrante ed accurato esame delle fonti, nonché la con-

A disputa sulla

nessione con altre cause invalidanti, il dolo e la violenza. Egli riaffermerà più tardi l'esigenza di individuare un'idea fondamentale per ricostruire la teoria romana dell'errore, la cui mancanza rimprovera al libro del Voci sul tema, cui peraltro riconosce risultati apprezzabili su singoli testi, ma attribuisce anche errori dipendenti dal vuoto d'impostazione (~~rec. in SDHI 1941, 208 ss.~~). A tale critica non poteva mancare la replica del Voci, che apparve subito dopo, distaccata e quasi marginale, confinata in una pagina di un articolo dedicato all'esame ed alla critica di altri studi apparsi in quel tempo, del Solazzi sulla Condictio indebiti, dell'Enrardt e del Kaden sulla massima Errantis nulla est voluntas e del mio minore articolo "L'ignorantia iuris nel diritto penale romano", che egli giudica nei risultati come una conferma delle sue tesi, mentre Lauria lo cita invece nei punti che coincidono con la sua critica. > a ar

✓ Mi sono soffermato su questo primo saggio, perchè in esso si ravvisano gli indirizzi di metodo seguiti dall'Autore, vale a dire l'adesione alla critica interpolazionistica, ma collegata ad un ragione sostanziale e sistematica, nel senso della razionalità del sistema classico e senza alcun eccesso di carattere filologico. Inoltre lo studio sull'errore rivela quelle caratteristiche di indipendenza critica dell'Autore della quale ho parlato all'inizio. Non ho bisogno di dire che

la disputa sull'Errore non si chiude con questi studi, ma prosegue fino ai nostri giorni, con contributi vari, quasi come se la constatazione dello scarso interesse espressa da Lauria avesse avuto la virtù di modificare il corso delle cose o più propriamente come se

l'attenzione degli studiosi

egli stesso avesse anticipato un'esigenza che ben presto si sarebbe imposta alla scienza romanistica. *2a ago*

Di tipo analogo sono gli altri studi del periodo prebellico, che spaziano in molti campi e rivelano la varietà degli interessi dell'^{Aut.} ~~A.~~ Tutti recano contributi nuovi, critici generalmente di opinioni correnti, acuti e ricchi di suggestive interpretazioni delle fonti, di regola ispirati ad un'idea di carattere sostanziale, che viene confrontata con i testi e su di essi si appoggia. Si ha spesso l'impressione che l'^{Aut.} ~~A.~~ intuisca la soluzione del problema, prima ancora di un esame puntuale e minuto delle prove. Questo non si intenda nel senso che lo studioso abbia una soluzione preconcetta del tema, cosa ben diversa dall'intuizione penetrante di uno storico vero. È naturale che in una tale ricchezza di contributi non sempre ci si trovi d'accordo, come è avvenuto a chi oggi ricorda con rimpianto l'amico, sull'uno o sull'altro punto, la iurisdictio in primo luogo, poi il ius gentium ed altro ancora. Nonostante il dissenso sempre si trovavano in Lauria spunti felici, considerazioni convincenti ed in ogni caso si era stimolati ad una riflessione approfondita sugli argomenti che venivano addotti. Molti dei temi trattati non erano nuovi o scarsamente studiati, come l'Errore, ma erano stati oggetto di numerose ricerche e non di rado discordanti i risultati. Ciò nondimeno Lauria scopriva aspetti nuovi o la sua ricerca ne faceva nascere altre. In poco più di dieci anni prima della guerra egli aveva prodotto un complesso di studi di alta qualità, sostanziosi e concisi, senza divagazioni,

che rimangono modelli di stile e di metodo. *2a cap*

✓ Nel saggio sulla iurisdictio, finissimo ed acuto, a me non parve accettabile l'idea che tale funzione consistesse nella pronuncia dei tre verba solemnia, ma vi erano tante altre considerazioni sostanziali e rilievi utilissimi per ben comprendere il potere del pretore, la sua mancanza nel processo criminale e soprattutto la distinzione dall'imperium contro la tesi dell'unità, sostenuta dal Leifer, a proposito della quale a quelli di Lauria aggiunsi altri rilievi critici. Del pari sul ius gentium non mi convinceva l'idea che il concetto fosse superato nell'impero, essendo scomparsa l'antica concezione dell'esclusività del diritto propria della città antica. In tempi recenti, in linea più generale, l'idea stessa che si esprime nel nome di città-stato mi è apparsa un'invenzione moderna. E' vero peraltro che alcuni istituti erano arcaici ed interdetti agli stranieri, tuttavia anche sotto l'impero, nell'età classica, la distinzione aveva valore per vari istituti ancora esistenti. *Comunque* i rilievi di Lauria aprivano la via ad una conclusione certa: che il ius gentium aveva finito di essere una fonte attiva del diritto ed era questo il nocciolo giusto della ricerca. *2a cap*

✓ Lo studio sulle Sententiae di Paolo mirava a dimostrare che l'autore dell'opera non sia il giurista classico, sotto il cui nome ci è pervenuta nel Breviarium visigotico, ma che si tratti di un'antologia postclassica, con frammenti di Paolo, Ulpiano, Papiniano, forse Modestino ed altri, nonché Costituzioni imper-

riali del ^{III} secolo. La data della compilazione sarebbe da porsi nell'età di Diocleziano, nel 294, il luogo l'Occidente, forse l'Africa. Lauria rilevava le difficoltà di una ricostruzione e cominciava col rifiutare un metodo puramente filologico, sia per l'inutilità di esso nel caso specifico, sia perché i giuristi, salvo eccezioni, non erano buoni filologi. Egli invece procedeva ad un preciso confronto fra i testi del Breviario e quelli contenuti in altre fonti, in primo luogo il Digesto di Giustiniano, quasi come una premessa. La parte più rilevante dello studio riguardava la sostanza giuridica delle singole "sentenze", da molte delle quali si poteva desumere l'origine postclassica. Dai risultati dell'analisi si può dire che essi rendevano molto verosimile la tesi. Essa si ricollegava ad alcuni spunti di altri studiosi, ma in quel tempo era grandemente rinnovatrice, anticipando quella dottrina moderna, che pur tra controversie e dibattiti, cui hanno partecipato studiosi come Levy e Schulz e molti altri e con la scoperta del cd. frammento Leidense, così accuratamente illustrato dal nostro Serrao, ormai in modo unanime si è orientata per l'origine postclassica ed antologica del testo. Lo studio del Papiro di Leida, che al tempo del saggio di Lauria non era stato ancora scoperto, conferma la stratificazione, per dir così, dell'opera, in quanto essa contiene sentenze databili al tempo dei Severi, ed altre posteriori, dell'età di Diocleziano e del IV secolo.

a capo

Nella controversa questione del plagio, se l'azione fosse ammessa solo per taluni soggetti liberi o fosse di carattere popolare, ^{Lauria} ~~LV~~ sostiene la prima tesi. Essa ora va letta nel quadro delle ricerche che sono state condotte, in particolare da Casavola, sulla categoria delle azioni popolari, anche in rapporto all'ipotesi, già contrastata dallo stesso Lauria in "Accusatio-Inquisitio", ed ulteriormente criticata da Casavola, della coesistenza di un'azione privata e di un'azione popolare nel caso della violazione del sepolcro. *5a capo!*

La nota sul plagio si ricollega a quel complesso di studi, che affrontano problemi della procedura e cioè oltre quello sulla iurisdictio, del quale si è già parlato, i saggi sulla Cognitio extra ordinem, su Accusatio-Inquisitio e ^{sulla} ~~sa~~ Calumnia, che riguardano i mutamenti storici relativi alla trasformazione di illeciti privati in crimina, derivante dai nuovi principi sul potere imperiale, che fu propria della monarchia assoluta. Come è facile intendere sono temi, nei quali si intrecciano strettamente gli aspetti processuali con quelli sostanziali. *2a capo!*

Di carattere diverso è lo studio su Periculum tutoris che riguarda il fondamento della responsabilità del tutore nella gestione del suo ufficio nei confronti del pupillo. Lauria critica le varie opinioni correnti nella dottrina su tale fondamento tecnico, dolo, colpa o custodia, e sostiene invece che nei giuristi classici fino ad Ulpiano, il solo criterio adottato era quello della fides, il che risulta dal carattere dell'azione che era appunto bonae fidei. *3a capo*

[La tesi di Lauria fu definita molto probabile da S. Solazzi, grande studioso degli istituti familiari e della tutela, il quale però non accettò la ^{idea} che le innovazioni appartenessero a Papiniano e ne sostenne l'origine postclassica, con una sorta di ammonizione finale a quel ^{che} gli appariva una tendenza conservatrice dei giovani rispetto ai testi e proclamando il suo amore per la "critica libera, possente e feconda". Tuttavia a me non pare che gli studi di Lauria di quel periodo si possano ascrivere a quella tendenza. Solazzi non è vissuto abbastanza per vedere all'opera correnti radicali antiinterpolazioniste, come quelle rappresentate nell'ultima parte della sua vita di studioso da Max Kaser, che tuttavia a parer mio e di altri non riescono a distruggere il grande patrimonio di conoscenze che la critica delle fonti ci ha permesso di poter utilizzare per la storia del diritto classico e della giurisprudenza. *2a cap*

[In questo complesso di scritti così vario e così penetrante nel suo vigore critico si trova un intento rinnovatore, non proclamato apertamente, ma ben visibile, che va oltre i singoli temi di studio, per accedere ad un vero e proprio programma, nel quale si contesta la romanistica precedente. Tale programma viene invece reso esplicito nella prolusione patavina del 28 novembre 1935, pubblicata con il titolo "Indirizzi e problemi romanistici". Di qui prende inizio una fase nuova e più originale dell'opera di M. Lauria. *3a cap*

^{Autore}
 L'Autore rifiuta tutti gli argomenti a favore o contro il diritto romano o perché estranei ad una valutazione strettamente scientifica, come quelli politici, o perché storicamente infondati. Egli dunque non entra direttamente nella polemica, che in quel tempo era risorta in Germania per influenza del nazismo, anche se non nasconde la sua avversione alle idee ispiratrici; dichiara che il movimento era stato "inacerbito da pregiudizi di razza e soprattutto da pregiudizi personali a tanti studiosi tra i maggiori". Egli pensa che bastino poche citazioni ^{che appaiono} della legislazione ^{che} "nazista" ed al discorso del Ministro tedesco della Giustizia, Frank, contro l'esame di diritto romano. Denuncia l'ipocrisia dei programmi universitari dove si definivano i corsi di carattere storico sul diritto romano, in quanto di fatto le cose andavano diversamente. *La capo*

Tolta di mezzo la polemica con le posizioni naziste, la critica di ^{Lauria} ~~Lysi~~ si sviluppa in duplice senso: contro gli apologeti e contro i detrattori aprioristici ed anche verso coloro che sostengono, come Schulz, una rielaborazione dei principi romani secondo il pensiero moderno. E' difficile contestare l'impostazione di metodo dell'Autore, mentre sul valore dell'opera di Schulz occorre riflettere, come del resto fa lo stesso Lauria, del quale va inoltre ricordata la recensione critica ai "Prinzipien". In linea generale la critica rileva l'attenzione data ad alcune epoche a preferenza di altre, il che si fa risalire alla scuola storica ed al suo fondatore, il Savigny,

pur riconoscendone i grandi meriti. Si lamentano lacune e ritardi nella storia delle fonti e della loro edizione, dato che solo con Lenel si era avuta la ricostruzione dell'Editto e la Palingenesia dei giuristi classici. Forse la critica è alquanto radicale, perché esistevano già raccolte ancora oggi valide di fonti pervenuteci direttamente. Per quanto riguarda quelle post-classiche anteriori a Giustiniano Lauria stesso ricordava il "Corpus iuris Romani anteiustiniani" di Bonn ^H curato da Haenel, l'edizione di Boecking della Notitia dignitatum; e ^{per la} ~~quelle~~ ^(Le edizioni dei fratelli) di fonti bizantine ~~di~~ Heinbach e di Zachariae von Lingenthal. Ma si può aggiungere che già allora, il Teodosiano era stato nuovamente edito da Mommsen, P. Meyer e Krüger e la Notitia dignitatum da O. Seeck, che rilevava l'insufficienza della lettura del Boecking del Codice Parisino. Inoltre una prima ricostruzione dell'Editto era stata compiuta da Rudorff. Alle fonti già note si erano aggiunti, fra i testi più significativi, il Gnomon dell'Idiologo (1916) e gli Editti di Augusto a Cirene (1926). E' certo tuttavia che il cammino per passare dagli umanisti alla concezione storica-giuridica era lungo. Inoltre occorre superare il limite dell'indirizzo pandettistico, che aveva la sua massima espressione in Germania, che ebbe, com'è noto, ^{dove,} il suo codice civile solo il 1 gennaio 1900 e fino ad allora, il diritto romano comune era vigente. Il primo Progetto del codice fu redatto nel 1887 e non è un caso che nello stesso anno apparve il libro del

Gradenwitz

"Interpolationen in den Digesten". Non si può poi ignorare il grande impulso dato, dopo il Niebuhr, dal Mommsen e dalla sua scuola all'edizione delle fonti, da quelle epigrafiche alle giuridiche. Alcuni rilievi di Lauria sullo stato reale della ricerca erano però giustificati, in ispecie per i mezzi della ricerca. Manchiamo ancora oggi di una raccolta completa delle costituzioni imperiali e l'opera ^{indicata} di Haenel ~~nel~~ "Corpus legum" è stata ristampata, ma non completata. Per merito del Gualandì abbiamo la raccolta delle costituzioni citate dai giuristi. Della grande opera del "Vocabularium legum Iustinianorum", intrapresa dall'Università di Firenze sotto la direzione di Archi, abbiamo finora i numerosi volumi dedicati alle Novellae ed i Subsidia, il primo dei quali a cura di Amelotti e Luzzatto raccoglie le costituzioni giustiniane in epigrafi e papiri; gli altri due gli scritti teologici ed ecclesiastici di Giustiniano, insieme alla ristampa dell'opera di Schawartz, "Drei dogmatische Schriften Justinians". Vi è ancora molto da fare, si sente particolarmente il bisogno di una raccolta completa di fonti della Patristica concernenti il diritto e l'economia. Non di rado i mezzi si disperdono per opere di scarsa utilità e mancano per compiti più importanti. *Zia cap*

Il rilievo di Lauria per la scarsa attenzione ad epoche diverse da quella classica è stato invece superato ed il lavoro di ricerca sulle fonti ed il diritto post-classico e giustiniano è stato imponente. Basterà ricordare studiosi di alto valore, da Levy a Schulz, da Volterra ad Archi e tanti altri. *I Savigny e Mommsen*

→ La ricerca si alimenta dai nuovi ritrovamenti, ma se ab:

I Ma già Savigny parlava con i suoi scritti sul Colonato aveva posto in risalto un tema fondamentale per la conoscenza della società romana post-classica. →

biamo una crescente ricchezza di fonti epigrafiche e papirologiche, ben poco di nuovo vi è per le opere di giuristi, se ci si deve limitare ai non molti frammenti del Gaio di Ossirinco (1927) e quelli più importanti del Gaio di Antino², editi e commentati con maestria da Arangio Ruiz, nonché il Fragmentum Leiden= se (ed. 1955) delle Sententiae di Paolo studiato da Ser^{ed} rao ed altri, ~~scritto~~ ^{edito nel} il Fragmentum Ulpiani ex libris ad edictum ~~scritto~~ ^{edito nel} 1957 ancora da Arangio Ruiz. Gli Apokrimata (ed. 1954) sono disposizioni di Alessandro Severo per l'amministrazione dell'Egitto. Di minore importanza sono altri pochi testi. *La capo*

7. Nel campo epigrafico grande interesse ha suscitato la (ed.) 986) lex Irnitana, scoperta in Spagna nel 1981, utile alla conoscenza del diritto municipale e del processo romano. Impresa benemerita va considerata ~~per~~

L'edizione delle nuove Tavole dette di Murecine, provenienti dall'archivio dei Sulpici, dovute all'impulso di V. Arangio Ruiz, superando difficoltà tecniche grandissime, alla cui restituzione hanno lavorato Sbordone e Giordano ed il nostro L. Bove, ^{e della} ~~dal~~ quale si hanno accurati commenti, nonché alcune rettifiche di G. Camodeca. Non sono testi di giuristi, ma li ho ricorati in questa sede, perché essi danno nuovi elementi per conoscere l'uso pratico del diritto. *La capo*



[Nella critica di Lauria sull'insufficienza e le lacune negli studi sulle fonti comincia ad intravedersi quell'idea che diverrà centrale nella sua opera, l'idea dell'unità dell'ordo iuris, del sistema della giurisprudenza. *Da capo*

[In un vero e proprio programma di ricerche, com'è la prolusione patavina, non poteva mancare il tema delle interpolazioni, che cominciava ad essere oggetto di dibattito e sul quale non posso addentrarmi. Dirò solo che Lauria considerava la ricerca delle interpolazioni un'esigenza essenziale e rilevava che ad essa si dovevano risultati preziosi , ma nello

stesso tempo, avvicinandosi alle idee di Kunkel, poneva in evidenza i pericoli insiti nel metodo ed i suoi limiti, trattandosi a suo giudizio di qualcosa di estraneo "non solo alle indagini giuridiche o dogmatiche, ma anche alle storiche". *5 a capo*

✓ Per quanto riguarda le opere principali del suo tempo Lauria non accetta la tesi di Schulz, che i principi ~~da~~ ^{non} elaborati per il diritto romano siano immanenti in ogni ordinamento giuridico. Rifiuta l'esaltazione compiuta dal Biondi dell'opera legislativa di Giustiniano per l'ispirazione religiosa che la pervade. Rileva i limiti delle norme sul divorzio, punito ma non abolito; ^{osserva che le} ~~adattamenti~~ ^{dei} lodi ^{a Giustiniano} ~~potefici~~ ^{potestà} ~~afferman-~~ ^{non si basano sul} ~~done~~ ^{il} ~~carattere~~ ^{carattere} barbaro. Solo in nome della scienza, non di quello che è estrinseco, si valuta un'opera.

Con una rigorosa visione storica della ricerca romanistica viene discussa e respinta la tesi del Betti sull'elaborazione dogmatica moderna di rapporti ed istituti antichi. Condivido pienamente la critica e, per quel che ho potuto, ho sempre cercato di comprendere ed interpretare il pensiero degli antichi senza far ricorso a categorie moderne. Non penso invece che una critica inversa si possa opporre all'opera del Bonfante, come invece Lauria riteneva, giudicandola "impostata tutta ed esclusivamente sul-

le ombre del passato". ^{A suo giudizio} ~~Egli ritiene che~~ la ricostruzione del diritto di famiglia dell'età classica ^{sarebbe stata fatta} sulla base dei caratteri politici della famiglia nell'età più antica, ^{il che l'autore usa} ~~fosse~~ antistorica, perché quei caratteri non erano più operanti nell'età repubblicana e classica. →

→ A me pare che in tal modo si fraintenda l'opera del Bonfante, in quale non ha certo costruito il diritto di famiglia e quello di successione su fondamenti arcaici, ma ha desunto da talune caratteristiche degli istituti storici la loro struttura originaria, applicando il metodo naturalistico e cioè considerando quelle caratteristiche come fossili. Se mai la spiegazione politica ha bisogno di basi diverse, come ho tentato di spiegare altrove. *Za capo*

[Detto questo, non si può non consentire con l'opinione che il diritto giustiniano e quello postclassico esigono una valutazione storica e non possono essere trattati, come avviene o avveniva per il primo, con un metodo pandettistico. Sulla base di tali considerazioni Lauria rilevava che vi erano infiniti problemi trascurati e ne enumerava anche alcuni più significativi. Egli terminava modestamente con le parole "non pretendo aprire nuovi orizzonti; ho voluto soltanto esporre il mio pensiero sui compiti immediati e ^{sull'} ~~sugli~~ indirizzi seguiti dalla scienza romanistica contemporanea". Ed invece stava proprio aprendo nuovi orizzonti, come apparirà in modo chiaro nelle sue opere "Ius romanum", del 1963, e "Ius. Visioni romane e ~~me~~ e moderne", (1a ed. 1956, 3a 1967) e nei suoi corsi più significativi. Essi vanno ricordati assieme a scritti minori ed al corso del 1953 dal titolo, già di per sé indicativo "Possessiones", nel quale si respingono le teorie tradizionali, a cominciare da quella del Savigny. Il corso del 1952 "Matrimonio ^{e dote}" è una rielaborazione di quello patavino del 1935-36, nel quale ^{si} ricorda il corso sul matrimonio seguito a Friburgo nel 1926 alla scuola di Ernst Levy. *Za capo*

A me pare che il libro nel quale è pienamente formulata la nuova concezione dell'^{Autore} sul sistema della giurisprudenza romana, l'ordo iuris, è "Ius Romanum". Di quest'opera non si può non condividere il giudizio di Franz Wieacker, studioso tra i massimi del tema: "Questo libro indaga l'intima struttura degli scritti dei giuristi romani nella loro interezza con tale intensità e concentrazione, come non era più accaduto dalle opere fondamentali di Lenel, nemmeno con la "Storia della giurisprudenza romana" di Schulz che ci informa con tanto ardimento e senza pregiudizio, ma senza analisi dettagliate, sul carattere ed i tipi delle opere dei giuristi". In questo eccezionale lavoro di analisi e di sintesi, aggiungiamo, il modello e ad un tempo l'antitesi è Lenel, il solo che nel giudizio dell'^{Autore} abbia ricostruito il sistema. In questa fase della sua opera il solo ed unico maestro è appunto per ^{Lauria} il grande maestro di Friburgo: "I risultati che Lenel prospetta con acume geniale, spesso divinatorio, sono le uniche conclusioni scientifiche moderne utilizzabili per la ricerca presente" (p. 18). Ma l'indagine corregge la ricostruzione dell'Editto di Lenel in alcuni punti fondamentali ed in molti secondari. Essa la inquadra nel sistema completo dell'ius Romanum. La ricerca dunque mira a dimostrare che dalle XII tavole (in una ricostruzione rielaborata rispetto a quella di Schaeff, preferita dalla dottrina moderna a tutte le altre) editto, opere dei giuristi, costituzioni imperiali, in Gnomon dell'Idiologo, le compilazioni private e legislative, le leggi romano germaniche, il codice Teodosiano, le Istituzioni, il Codice, i Digesti

di Giustiniano, le esposizioni dottrinali bizantine e perfino esposizioni politiche o politico-giuridiche, (tra le altre biografie, panegirici, apologie) adottano un ordine costante tradizionale, adattando le sezioni di diritto romano agli svolgimenti successivi. Si può aggiungere che perfino lo scritto sull'agricoltura di Catone, seguirebbe una tripartizione sistematica, dalla quale Lauria riteneva di trarre la prova delle rotazioni triennali. *[a capo!]*

[La tesi è arditissima ed è in contrasto con le opinioni comuni, secondo le quali esistono diversità e contrapposizioni, a cominciare da quella ius civile-ius honorarium ed inoltre metodi propri di vari giuristi. Vi sono temi che per lo stato delle fonti hanno sempre sollevato dubbi e dissensi nella ricostruzione, come per le XII Tavole, delle quali ancora oggi, proprio nella nostra Università, per iniziativa del prof. Amirante e con l'impegno di vari studiosi (Oliviero Diliberto e Fed. D'Ippolito hanno pubblicato i primi risultati), si tenta una nuova Palingenesi o ricostruzione. Ma ^{Antonio} A. Guarino non nasconde il suo scetticismo sulle possibilità di giungere a risultati apprezzabili, dato lo stato delle fonti e l'oscurità che circonda l'origine delle XII Tavole. Senza dubbio il compito è assai difficile, tanto più se si pone nel conto anche l'aspetto istituzionale dell'avvento al potere dei decemviri, di solito trascurato dagli storici del diritto ed anche da quelli della costituzione. Io rimango dell'opinione, che del resto risale al Niebuhr, che i decemviri erano una nuova magistratura e per questo avversata aspramente almeno da una parte del patriziato, che la considerava

un ritorno al regnum, come riferisce Livio. Questo rende verosimile che essi emanassero quelle norme di carattere pubblicistico, che costituirono le prime garanzie per i cittadini. Se esse sono scomparse nei "Tripertita" di Sesto Elio è perchè questi esponeva il diritto civile come si era venuto formando nella giurisprudenza pontificale. Riconosco però l'importanza dell'obiezione di Guarino, che se tali norme vi fossero state la plebe non avrebbe mancato di invocarle nelle aspre lotte successive. *2 a capo*

[Mi sono soffermato sulle XII Tavole per sottolineare quanto sia ardua qualsiasi ricerca sul sistema, il che diviene ancor più rilevante per la scarsissima disponibilità di testi dei giuristi più antichi, che in genere conosciamo solo dalle citazioni di autori dell'età classica. Queste sommarie considerazioni non mi inducono tuttavia alla conclusione che l'opera di Lauria era per la sua stessa natura destinata all'insuccesso. Essa ha invece rappresentato un tentativo molto stimolante di ordinare tutto il materiale testuale pervenutoci e non si può negare che in vari punti non secondari la coincidenza tra fonti varie ed in primo luogo quelle dello ius civile e del diritto edittale dimostrino che un qualche ordine tradizionale era seguito. Che i Romani nell'età repubblicana considerassero il diritto pretorio come parte del diritto civile è più che probabile, certo negli scritti di Cicerone. Già nel lungo saggio "Ius civile - ius honorarium" del 1943 si trova l'idea che non vi sono differenze di valore tra l'uno e l'altro, ma solo di struttura. Esiste, peraltro, problemi che andrebbero approfonditi, quelli cioè relativi ai modi di formazione del-

l'Editto del pretore, che non si può considerare allo stesso modo dell'opera di un giurista, essendo il risultato dell'attività di magistrati diversi, che rivestirono anno per anno la carica. Per di più non vi è accordo sull'inserimento delle clausole precedenti e basti pensare alla critica di Guarino. Comunque un confronto con le rubriche riguarda il testo come fu fissato nell'età di Adriano per opera di Salvio

Giuliano o anche prima, dal momento che già Labeone verosimilmente aveva scritto un commento all'editto del pretore urbano di almeno trenta libri, non meno cioè di quanti ne aveva scritti per l'editto del pretore peregrino. Ma come si sia giunti ad una redazione del testo editto nel corso del tempo è assai difficile dire e non possiamo sapere con certezza quanto l'opera dei vari giuristi abbia contribuito ad una stesura del testo già nell'ultimo periodo della Repubblica; sappiamo che Servio Sulpicio aveva scritto due libri, ma il suo allievo Ofilio aveva redatto un commento assai più ampio. Di nessuno dei due ci è giunto un frammento, ma solo poche citazioni e la ricostruzione di Lenel nella "Palingenesia" è fatta sull'ordine dell'editto giuliano. Anche per altre opere della prima età imperiale, come quella di Caelius Sabinus, che aveva pubblicato un commento all'editto degli edili curuli, ci sono pervenute citazioni, una tratta da Aulo Gellio, le altre da Ulpiano, Gaio e ^{Ulpiano} ~~Ulpiano~~, ma nessun frammento diretto. E' troppo poco per trarne indizi sull'ordine sistematico. Quanto a Juventius Celsus figlio, i cui primi

27 libri di "Digesta" sono dedicati all'editto, egli era un contemporaneo di Giuliano e quindi è possibile che l'ordine della sua opera sia analogo a quello del testo redatto da Giuliano. Ma le ricerche attuali di Casavola e Cerami, che hanno sviluppato spunti critici di Wieacker e Bretone, hanno posto in risalto l'originalità dell'opera ed il suo carattere sostanzialmente critico di quella di Giuliano, il che lascia credere che anche sotto un'apparente uniformità sistematica vi erano diversità profonde tra i giuristi; né le riserve critiche di Filippo Gallo sulla definizione ^{immutabile} ~~cessiva~~ ^{del} ~~ius teligeno~~ ^{del} ~~valore~~, ma ~~avvalorano~~ ^{avvalorano} tale giudizio, ~~ma~~ ^{anti lo avvalorano. *5 a capo.*}

Le considerazioni che precedono non invalidano la tesi di fondo di Lauria, ma ne rilevano il carattere non di rado ipotetico, il che deriva dallo stato delle fonti. Anche le alternative possibili hanno il medesimo carattere ipotetico, ma a nostro parere nessuna ha una forza stimolante analoga. Non si può tacere il fatto che egli ha anticipato una tendenza, che si è poi venuta affermando ad opera di una generazione più giovane, in buona parte uscita dalla scuola napoletana, →
→ Tra gli ~~altri~~ ^{altri} Fr. Casavola, M. Bretone, A. Schiavone, F. D'Ippolito, → hanno dato importanti contributi allo studio dei giuristi romani e della giurisprudenza, anche se qualcuno non sempre mostra di apprezzare nel giusto modo l'opera originale dell'amico scomparso. Con Lauria vanno menzionati studiosi stranieri, come W. Kunkel e Fr. Wieacker e lo stesso Fritz Schulz, che nonostante i giudizi critici di molti, io continuo a giudicare come un grande suscitatore di idee con la sua "Storia della giurisprudenza romana" ed i suoi

“Principi del diritto romano”, che vanno letti in una luce storicamente datata e quindi considerando alcune forzature scientificamente discutibili come espressione di una forte volontà di difendere con il diritto romano la persona dell'uomo e la sua libertà contro l'attacco del nazismo. E questo fa di lui, assieme alla sua grandezza di studioso, uno storico di razza. *2a capo*

11
Anche la vita e la formazione ^{culturale} ~~culturale~~ di Mario Lauria illuminano le sue qualità di studioso. Nato a Napoli il 20 ottobre 1903 da famiglia aristocratica di origine lucana, il padre era peraltro un dotto avvocato di cause feudali; egli fu allievo del Collegio militare e poi studente della Nostra Facoltà. Conseguì la laurea nel 1923 con una tesi su “L'errore nei negozi giuridici”, donde il saggio del quale ho ampiamente parlato all'inizio. Il suo maestro fu V. Arangio Ruiz. ~~Ruiz~~ Vinse una borsa di studio per la Germania, ^e si recò a Friburgo, ^{dove} frequentò i maestri della generazione più anziana, come Lenel, Levy, Schulz, Kantorowicz ed i colleghi suoi coetanei, come Kunkel e Wieacker. Questo giovane italiano, che apprese il tedesco in modo perfetto, dovette impressionare gli studiosi che incontrava ed egli stesso racconta con quanta gentilezza fosse ricevuto in particolare da Schulz, che lo ospitò per qualche giorno nella sua casa. Egli aveva attinto molto dallo studio delle loro opere, ma la sua formazione stava in quella grande tradizione filosofica e scientifica, che risaliva a Vico. →
→ Fra i giuristi famosi, a Napoli avevano insegnato C. Fadda e R. De Ruggiero. Arangio Ruiz era stato il suo primo maestro, poi, alla fine del 1927 vi giunse

Siro Solazzi. Il primo spaziava su tutto il diritto antico ed era altresì appassionato e scrupoloso editore di fonti. Il secondo era grande nella ricostruzione del pensiero dei giuristi dell'età classica, con una straordinaria padronanza delle fonti. Come era costume di questi maestri e di altri, che egli ricorda come modelli dei suoi corsi, Segrè, Bonfante, Longo e poi C. Fadda e V. Scialoja, Lauria badava alla profondità della ricerca con accurato esame di tutte le fonti disponibili, non raffazzonando lavori di compilazione, come talvolta accade oggi, ma costruendo lavori dominati da un'idea originale.

Studio appassionato ed instancabile egli ha prodotto numerosi lavori fino agli ultimi giorni. Qui devo limitarmi a darne una notizia sommaria. "Cato de Agricultura" (1978); "Il capo, il volto, gli occhi coperti" (1980); "SC. de Bacchanalibus ed alcune costituzioni" (1978, pubbl. 1981); "Epistula II.1 (Domino meo Antonio Augusto, Fronto)" (1982); "L.A. Senecae apokolokuntesis divi Caludii" (1982); "gnomon tou idio logou. RETRACTATIO" (1983); "De ara Victoriae Virginibus Vestalibus" (1984); "Lex Dei" (1985); "Iura Romana operta" (tra l'altro il primo Concilio Arelatense) (1986); "Legum Romanarum aenata fragmenta latina" (1987); "Concilium Eliberitanum" (dal nome della località, Elbira presso Granata), un concilio dell'inizio del IV secolo (1988). L'ultimo in ordine di tempo, a mia conoscenza, è "Cic. de nat. deor. 3.30.74" (1991). In genere questi scritti sono dedicati alla dimostrazione che l'ordine seguito era quello edittale. Degno di rilievo è la retractatio per il gnomon, nella quale si dichiara interamente errata

H "Ὁ γνῶμων τοῦ ἰδίου λόγου. Retractatio"

la ricostruzione compiuta in uno studio precedente del 1964. L'estensore del documento afferma all'inizio che egli ha compiuto un riassunto e rinvia alla memoria del destinatario per le cose non dette. Lauria pensa di poter estendere questo rinvio alla memoria anche ai testi presi a riferimento per l'ordine, il che mi appare indimostrabile. *2a capo*

lasciare una riga di spazio vuoto

[Mario Lauria]

~~Egli~~ era un intellettuale nel più alto senso della parola. La libertà e la scienza erano indissolubili. Ha definito apertamente barbare le leggi razziali e mantenuto rapporti con giuristi e storici in Germania ed in Italia cacciati dalle Università e spesso costretti all'esilio. *5a capo*

Nell'influenza del pensiero di Croce fu tra i fondatori a Napoli del Partito liberale e del quotidiano "La libertà", che apparve al tempo della liberazione. La sua passione era il libro e non di rado, nei nostri viaggi per Bari, al risveglio nello scomodo treno, salutava l'alba immergendosi nella lettura. *5a capo*

1

Non era un accademico chiuso ai rumori del mondo, ma aperto ai problemi del tempo; ne abbiamo qualche traccia nelle conferenze, come "Università oggi, relazioni sullo stato delle biblioteche universitarie", interventi su temi allora già attuali, come "Orientamenti e smarrimenti nella coscienza giuridica moderna" del 1954. *2a capo*

DEL DOCUMENTO

Il suo carattere era affabile e mite, ma non debole e rassegnato, i suoi comportamenti semplici e disadorno l'abito. Aveva conosciuto la moglie Adele, assistente di fisica nell'Ateneo di Genova, città dove si sposarono nel 1931. Ad essa era legato da tenerissimo affetto, ed ^{era come un} figli, che nacquero negli anni di poi. Ad Adele aveva dedicato il suo libro "Jus. Visioni romane e moderne" in occasione delle nozze d'argento, il cui anniversario ricorreva il 20 aprile 1956, con parole ispirate, in italiano tedesco e greco, concise come in una epigrafe. *2^a cap.*

Egli è vissuto a lungo. La morte lo ha portato via silenziosamente il 5 settembre 1991, all'età di 88 anni. Sono molti e molto bene spesi. Ma i pensieri sulla brevità della vita non sono meno malinconici, né ci è di conforto la filosofia di Seneca che la vita è breve soltanto per chi la riempie di nulla o di frivoli passatempi, ma non lo è per chi la dedica alla scienza. A me pare vero l'opposto. Quanto più si è operato per la scienza o per altri fini elevati dell'uomo, tanto più la vita è breve e la sua brevità rende impossibile di raggiungere più alte vette. Non vale imprecare contro la natura e dire, con gli autori antichi, che essa ha dato ad alcune bestie una vita più lunga, né ci consola il pensiero delle molte opere che sopravvivono alla fine di un sapiente. Insieme al dolore dei familiari, degli allievi, degli amici, rimane il rimpianto per quello che Mario avrebbe potuto ancora darci e che non potrà essere dato.

Sono l'ultimo fra i romanisti napoletani ad avere i titoli scientifici per commemorare degnamente Mario Lauria e solo l'età e la grande stima ed affetto che sempre ^{ebb'} per lui, oltre che la lunga colleganza, giustificano la scelta che l'Università e la Facoltà giuridica hanno fatto. Non posso tacere che l'amico e collega Laoruna ha vinto le mie resistenze con reiterate ed affettuose pressioni, del che lo ringrazio.

Il compito è molto impegnativo e mi obbliga a rivivere i lunghi anni, oltre sessanta, del suo impegno scientifico ed i miei che vi si avvicinano, essendo io di poco meno anziano di lui. Ma io lo considerai sempre più che un collega un maestro, attratto ed affascinato proprio da quelle sue alte qualità che io sapevo di non avere e per i suoi interessi scientifici, tanto diversi dai miei, almeno quelli dell'età matura. Così mentre egli sempre di più si appassionava per i problemi dell'ordo iuris e ne scopriva l'unità sostanziale, io invece mi venivo impegnando nello studio dei fattori economico-sociali e della loro influenza sui mutamenti politico-istituzionali dello Stato romano nelle varie epoche della sua lunga esistenza. Così i temi delle fonti e del metodo dei giuristi non erano certo estranei alla mia ricerca, ma erano considerati solo nel quadro dei problemi costituzionali.

Eppure nella diversità degli interessi vi era un fondo comune: in primo luogo l'ispirazione storicistica, che egli ha tanto limpidamente manifestata nel discorso sul metodo che ha premesso alla prima parte del suo libro *Ius. Visioni romane e moderne*, dedicata appunto allo studio storico del diritto.

Il suo storicismo attraverso Croce, ritengo, si ricollegava al pensiero di Vico ed aveva natura e sostanza autenticamente liberale. Il mio nasceva da un superamento del positivismo, che si trovava nel pensiero di Pietro Bonfante, e nella rielaborazione critica del pensiero di Marx, rifiutato come dogma, come era nella moda del tempo, ma assunto come metodo per comprendere la vita ed il modo di essere degli uomini veri in condizioni reali date.

Ma anche per una seconda caratteristica sento di avere molto di comune con il compianto amico, cioè per il rifiuto del principio di autorità e della dipendenza da opinioni altrui, anche se professate

te da grandi maestri. In questo devo dire che Mario Lauria mi ha superato, perchè egli ha criticato tutte le concezioni storico-giuridiche esistenti ai nostri tempi ed in realtà ha riconosciuto un solo maestro all'altezza dei temi che lo avevano cominciato ad affascinare, quelli dell'ordo iuris, e questo maestro era Otto Lenel, l'autore famoso dell'Edictum perpetuum e della Palingenesia, vale a dire della ricostruzione delle opere dei giuristi. Ma questo maestro che si era scelto andava tuttavia criticato, con l'intento di superarlo in una nuova conoscenza delle fonti e nella ricostruzione appunto dell'ordo iuris, cui egli ha dedicato anni di intense e fervide ricerche nelle quali era indispensabile una conoscenza di tutte le fonti, sia quelle strettamente giuridiche, sia quelle letterarie di ogni genere, comprese ^{come risulta} quelle patristiche, che egli scrutò profondamente ~~dal~~ suo lungo saggio su Nomen Christianum. Questa padronanza dell

fonti era prodigiosa e richiama alla mente i grandi predecessori del secolo XVI, Cuiacio e Gotofredo o studiosi più vicini a noi, come S. Solazzi. L'idea originale che scaturisce dalla sua ricerca è quella dell'unità dell'ordo iuris e conseguentemente dell'unità del diritto, rifiutando le separazioni per dir così accademiche, che escludono l'insegnamento del diritto pubblico dal corso di diritto romano, una separazione che anche A. Guarino respinge, considerando l'ordinamento giuridico romano come una realtà unitaria (Storia⁶, 37). Molti manuali di storia del diritto romano trattano tanto del diritto pubblico quanto del privato, ma Lauria dedicò un corso di lezioni nell'ambito del diritto romano al diritto pubblico nell'anno 19 . Tuttavia questo è solo un aspetto marginale della sua concezione dell'unità dell'ordo iuris, per intendere la quale occorre ripercorrere le fasi della sua attività di studioso.

I primi studi sono del 1927, seguendo la cronologia che risulta dalla Raccolta di scritti, dovuta all'iniziativa della Facoltà e curata da F. D'Ippolito. Essi sono preceduti da tre recensioni critiche, al libro di Checchini, dal Comune di Roma al Comune moderno, (1925) ~~da~~ a La Patria nel diritto pubblico romano di E. De Ruggiero (1925) e Naturalis Obligatio di H. Siber (1926) quest'ultima più elaborata e nettamente critica sulle teorie professate dall'A.

Nel 1927 appare L'errore nei negozi giuridici, un lungo saggio, nel quale l'A. rileva lo scarso interesse

4

degli studiosi moderni per il tema e sottopone le fonti ad un penetrante esame critico, a cominciare dalle categorie tradizionali dei vari casi di errore, e ricollegandosi correttamente alla concezione classica della volontà nei negozi giuridici. Dopo di allora il tema è stato ripreso in esame da numerosi studiosi il che dimostra quanto avesse ragione il giovane romanista napoletano nel lamentare lo scarso interesse dei giuristi. Non sempre le opinioni di Lauria furono tenute nel giusto conto dagli studiosi successivi, come rileva anche Zilletti, che ha dedicato un ampio studio al tema dell'errore e che definisce il saggio di L. "un acuto saggio". La contrapposizione tra la voluntas dei classici e l'animus dei compilatori giustinianeî, dalla quale L. moveva per definire il corso storico della teoria dell'errore, schierandosi nettamente per l'esistenza di essa, è stata riaperta negli anni a cavallo della guerra soprattutto per i contributi del Miccòbopo e la nuova visione che egli ha proposto dagli sviluppi del diritto classico. A me pare tuttavia, che pur senza negare in modo aprioristico la possibile esistenza di tendenze anticipatrici nel diritto classico, non sia giustificato storicamente il rifiuto della contrapposizione voluntas-animus. Lauria sostiene ed è questa la parte fondamentale della sua ricerca che le categorie dell'errore non sono ^{dei} classiche, essendo estranee alla loro mentalità e che si considerava nei singoli casi se un errore avesse, nelle circostanze date, invalidato la volontà. Egli fornisce per questa tesi un penetrante ed accurato esame delle fonti, nonché le con-

nessione con altre cause invalidanti, il dolo e la violenza. Egli riaffermerà più tardi l'esigenza di individuare un'idea fondamentale per ricostruire la teoria romana dell'errore, la cui mancanza rimprovera al libro del Voci sul tema, cui peraltro riconosce risultati apprezzabili su singoli testi, ma attribuisce anche errori dipendenti dal vuoto d'impostazione (rec. in SDHI 1941, 208 ss.). A tale critica non poteva mancare la replica del Voci, che apparve subito dopo, distaccata e quasi marginale, confinata in una pagina di un articolo dedicato all'esame ed alla critica di altri studi apparsi in quel tempo, del Solazzi sulla *Condictio indebiti*, dell'Ehrardt e del Kaden sulla massima *Errantis nulla est voluntas* e del mio minore articolo *L'ignorantia iuris nel diritto penale romana*, che egli giudica nei risultati come una conferma delle sue tesi, mentre Lauria lo cita invece nei punti che coincidono con la sua critica.

Mi sono soffermato su questo primo saggio, perché in esso si ravvisano gli indirizzi di metodo seguiti dall'A., vale a dire l'adesione alla critica interpolazionistica, ma collegata ad un ragione sostanziale e sistematica, nel senso della razionalità del sistema classico e senza alcun eccesso di carattere filologico. Inoltre lo studio sull'errore rivela quelle caratteristiche di indipendenza critica dell'A. della quale ho parlato all'inizio. Non ho bisogno di dire che

la disputa sull'Errore non si chiude con questi studi, prosegue fino ai nostri giorni, con contributi vari, quasi come se la constatazione dello scarso interesse espressa da Lauria avesse avuto la virtù di modificare il corso delle cose o più propriamente come se

(l'evoluzione degli studi)

egli stesso avesse anticipato un'esigenza che ben presto si sarebbe imposta alla scienza romanistica.

Di tipo analogo sono gli altri studi del periodo prebellico, che spaziano in molti campi e rivelano la varietà degli interessi dell'A. Tutti recano contributi nuovi, critici generalmente di opinioni correnti, acuti e ricchi di suggestive interpretazioni delle fonti, di regola ispirati ad un'idea di carattere sostanziale, che viene confrontata coi testi e su di essi si appoggia. Si ha spesso l'impressione che l'A. intuisca la soluzione del problema, prima ancora di un esame puntuale e minuto delle prove. Questo non si intenda nel senso che lo studioso abbia una soluzione preconcepita del tema, cosa ben diversa dall'intuizione penetrante di uno storico vero. È naturale che in una tale ricchezza di contributi non sempre ci si trovi d'accordo, come è avvenuto a chi oggi ricorda con rimpianto l'amico, sull'uno o sull'altro punto, la *Iurisdictio* in primo luogo, poi il *Ius gentium* ed altro ancora. Nonostante il dissenso sempre si trovavano in Lauria spunti felici, considerazioni convincenti ed in ogni caso si era stimolati ad una riflessione approfondita sugli argomenti che venivano adottati. Molti dei temi trattati non erano nuovi o scarsamente studiati, come l'Errore, ma erano stati oggetto di numerose ricerche e non di rado discordanti i risultati. Ciò nondimeno Lauria scopriva aspetti nuovi o la sua ricerca ne faceva nascere altre. In poco più di dieci anni prima della guerra egli aveva prodotto un complesso di studi di alta qualità, sostanziosi e concisi, senza divagazioni

che rimangono modelli di stile e di metodo.

Nel saggio sulle iurisdictiones, finissimo ed acuto, a me non parve accettabile l'idea che tale funzione consistesse nella pronuncia dei tre verba solennia, ma vi erano tante altre considerazioni sostanziali e rilievi utilissimi per ben comprendere il potere del pretore, la sua mancanza nel processo criminale e soprattutto la distinzione dall'imperium: contro la tesi dell'unità, sostenuta dal Leirer, a proposito della quale a quelli di Lauria aggiunsi altri rilievi critici. Del pari sul ius gentium non mi convinceva l'idea che il concetto fosse superato nell'impero, essendo scomparsa l'antica concezione dell'esclusività del diritto propria della città antica. In tempi recenti, in linea più generale, l'idea stessa che si esprime nel nome di città-stato mi è apparsa un'invenzione moderna. E' vero peraltro che alcuni istituti erano arcaici ed interdetti agli stranieri, tuttavia anche sotto l'impero, nell'età classica, la distinzione aveva valore per vari istituti ancora esistenti. ~~Comunque~~ i rilievi di Lauria aprivano la via ad una conclusione certa: che il ius gentium aveva finito di essere una fonte attiva del diritto ed era questo il nocciolo giusto della ricerca.

Lo studio sulle Sententiae di Paolo mirava a dimostrare che l'autore dell'opera non sia il giurista classico, sotto il cui nome ci è pervenuta nel Breviarium visigotico, ma che si tratti di un'antologia postclassica, con frammenti di Paolo, Ulpiano, Papiniano forse Modestino ed altri, nonché Costituzioni imper-

riali del 3° secolo. La data della compilazione sarebbe da porsi nell'età di Diocleziano, nel 294, il luogo l'Occidente, forse l'Africa. Lauria rilevava le difficoltà di una ricostruzione e cominciava col rifiutare un metodo puramente filologico, sia per l'inutilità di esso nel caso specifico, sia perchè i giuristi, salvo eccezioni, non erano buoni filologi. Egli invece procedeva ad un preciso confronto fra i testi del Breviario e quelli contenuti in altre fonti, in primo luogo il Digesto di Giustiniano, quasi come una premessa. La parte più rilevante dello studio riguardava la sostanza giuridica delle singole "sentenze", da molte delle quali si poteva desumere l'origine postclassica. Dai risultati dell'analisi si può dire che essi rendevano molto verosimile la tesi. Essa si ricollegava ad alcuni spunti di altri studiosi, ma in quel tempo era grandemente rinnovatrice, anticipando quella dottrina moderna, che pur tra controversie e dibattiti, cui hanno partecipato studiosi come Levy e Schulz e molti altri e con la scoperta del cd. frammento Leidense, così accuratamente illustrato dal nostro Serrao, ormai in modo unanime si è orientata per l'origine postclassica ed antologica del testo. Lo studio del Papiro di Leida, che al tempo del saggio di Lauria non era stato ancora scoperto, conferma la stratificazione, per dir così, dell'opera, in quanto essa contiene sentenze databili al tempo dei Severi, ed altre posteriori, dell'età di Diocleziano e del IV secolo.

Nella controversa questione del plagio, se l'azione fosse ammessa solo per taluni soggetti liberi o fosse di carattere popolare, L. sostiene la prima tesi. Essa ora va letta nel quadro delle ricerche che sono state condotte, in particolare da Casavola, sulla categoria delle azioni popolari, anche in rapporto all'ipotesi, già contrastata dallo stesso Lauria in *Accusatio-Inquisitio*, ed ulteriormente criticata da Casavola della coesistenza di un'azione privata e di un'azione popolare nel caso della violazione del sepolcro.

La nota sul plagio si ricollega a quel complesso di studi, che affrontano problemi della procedura e cioè oltre quello sulla *iurisdictio*, del quale si è già parlato, i saggi sulla *Cognitio extra ordinem*, su *Accusatio-Inquisitio* e su *Calumnia*, che riguardano i mutamenti storici relativi alla trasformazione di illeciti privati in crimina, derivante dai nuovi principi sul potere imperiale, che fu propria della monarchia assoluta. Come è facile intendere sono temi, nei quali si intrecciano strettamente gli aspetti processuali con quelli sostanziali.

Di carattere diverso è lo studio su *Periculum tutoris* che riguarda il fondamento della responsabilità del tutore nella gestione del suo ufficio nei confronti del pupillo. Lauria critica le varie opinioni correnti nella dottrina su tale fondamento tecnico, dolo, colpa o custodia, e sostiene invece che nei giuristi classici fino ad Ulpiano, il solo criterio adottato era quello della *fides*, il che risulta dal carattere dell'azione che era appunto *bonae fidei*.

La tesi di Lauria fu definita molto probabile da S. Solazzi, grande studioso degli istituti familiari e della tutela, il quale però non accettò l'^{idea} che le innovazioni appartenessero a Papiniano e ne sostenne l'origine postclassica, con una sorta di ammonizione finale a quel ^{che} gli appariva una tendenza conservatrice dei giovani rispetto ai testi e proclamando il suo amore per la critica libera, positiva e feconda. Tuttavia a me non pare che gli studi di Lauria di quel periodo si possano ascrivere quella tendenza. Solazzi non è vissuto abbastanza per vedere all'opera correnti radicali antiinterpolazioniste, come quelle rappresentate nell'ultima parte della sua vita di studioso da Max Kaser, che tuttavia a parer mio e di altri non riescono a distruggere il grande patrimonio di conoscenze che la critica delle fonti ci ha permesso di poter utilizzare per la storia del diritto classico e della giurisprudenza.

10
In questo complesso di scritti così vario e così penetrante nel suo vigore critico si trova un intento rinnovatore, non proclamato apertamente, ma ben visibile, che va oltre i singoli temi di studio, per accedere ad un vero e proprio programma, nel quale si contesta la romanistica precedente. Tale programma viene invece reso esplicito nella prolusione patavina del 28 novembre 1935, pubblicata con il titolo Indirizzi e problemi romanistici. Di qui prende inizio una fase nuova e più originale dell'opera di M. Lauria.

L'a. rifiuta tutti gli argomenti a favore o contro il diritto romano o perchè estranei ad una valutazione strettamente scientifica, come quelli politici, o perchè storicamente infondati. Egli dunque non entra direttamente nella polemica, che in quel tempo era risorta in Germania per influenza del nazismo, anche se non nasconde la sua avversione alle idee ispiratrici; dichiara che il movimento era stato "inacerbito da pregiudizi di razza e soprattutto da pregiudizi personali a tanti studiosi tra i maggiori". Egli pensa che bastino poche citazioni della legislazione ^{che appartiene} chiamata "nazista" ed al discorso del Ministro tedesco della Giustizia, Frank, contro l'esame di diritto romano. Denuncia l'ipocrisia dei Programmi universitari dove si definivano i corsi di carattere storico sul diritto romano, in quanto di fatto le cose andavano diversamente.

Tolta di mezzo la polemica con le posizioni naziste, la critica di L. si sviluppa in duplice senso: contro gli apologeti e contro i detrattori aprioristici ed anche verso coloro che sostengono, come Schulz, una rielaborazione dei principi romani secondo il pensiero moderno. E' difficile contestare l'impostazione di metodo dell'A., mentre sul valore dell'opera di Schulz occorre riflettere, come del resto fa lo stesso Lauria, del quale va inoltre ricordata la recensione critica ai Prinzipien. In linea generale la critica rileva l'attenzione data ad alcune epoche a preferenza di altre, il che si fa risalire alla scuola storica ed al suo fondatore, il Savigny,

pur riconoscendone i grandi meriti. Si lamentano lacune e ritardi nella storia delle fonti e della loro edizione, dato che solo con Lenel si era avuta la ricostruzione dell'Editto e la Palingenesia dei giuristi classici. Forse la critica è alquanto radicale, perchè esistevano già raccolte ancora oggi valide di fonti pervenuteci direttamente. Per quanto riguarda quelle post-classiche anteriori a Giustiniano Lauria stesso ricordava il Corpus iuris Romani anteiustiniani di Bonn curato da Haenel, l'edizione di Boecking della Notitia Dignitatum e quelle di fonti bizantine di Heinebach e di Zachariae von Lingenthal. Ma si può aggiungere che già allora, il Teodosiano era stato nuovamente edito da Mommsen, P. Meyer e Krüger e la Notitia Dignitatum da O. Seeck, che rilevava l'insufficienza della lettura del Boecking del Cidce Parisino. Inoltre una prima ricostruzione dell'Editto era stata compiuta da Rudorff. Alle fonti già note si erano aggiunti, fra i testi più significativi, il Gnomon dell'Idiologo (1916) e gli Editti di Augusto a Cirene (1926). E' certo tuttavia che il cammino per passare dagli umanisti alla concezione storica-giuridica era lungo. Inoltre occorre superare il limite dell'indirizzo pandettistico, che aveva la sua massima espressione in Germania, che ebbe com'è noto il suo codice civile solo il 1 gennaio 1900 e fino ad allora il diritto romano comune era vigente. Il primo Progetto del codice fu redatto nel 1887 e non è un caso che nello stesso anno apparve il libro del Gradenwitz

Interpolationen in den Digesten. Non si può poi ignorare il grande impulso dato, dopo il Niebuhr, dal Mommsen e dalla sua scuola all'edizione delle fonti, da quelle epigrafiche alle giuridiche. Alcuni rilievi di Lauria sullo stato reale della ricerca erano però giustificati, in ispecie per i mezzi della ricerca. Manciamo ancora oggi di una raccolta completa delle costituzioni imperiali e l'opera di Haenel sul Corpus legum è stata ristampata, ma non completata. Per merito del Gualandini abbiamo la raccolta delle costituzioni citate dai giuristi. Della grande opera del Vocabularium legum Iustinianarum intrapresa dall'Università di Firenze sotto la direzione di Archi, abbiamo finora i numerosi volumi dedicati alle Novellae ed i Subsidia, il primo dei quali a cura di Amelotti e Luzzatto raccoglie le costituzioni giustiniane in epigrafi e papiri; gli altri due gli scritti teologici ed ecclesiastici di Giustiniano, insieme alla ristampa dell'opera di Schawartz, Drei dogmatische Schriften Justinians. Vi è ancora molto da fare, si sente particolarmente il bisogno di una raccolta completa di fonti della Patriistica concernenti il diritto e l'economia. Non di rado i mezzi si disperdono per opere di scarsa utilità e mancano per compiti più importanti.

Il rilievo di Lauria per la scarsa attenzione ad epoche diverse da quella classica è stato invece superato ed il lavoro di ricerca sulle fonti ed il diritto post-classico e giustiniano è stato intensificato. Basterà ricordare studiosi di alto valore, da Levy a Schulz, da Volterra ad Archi e tanti altri. Savigny e Meunier. La ricerca si alimenta dai nuovi ritrovamenti, ma se ad

biamo una crescente ricchezza di fonti epigrafiche e papirologiche, ben poco di nuovo vi è per le opere di giuristi, se ci si deve limitare ai non molti frammenti del Gaio di Ossirinco (1927) e quelli più importanti del Gaio di Antinoo, editi e commentati con maestria da Arangio Ruiz, nonché il Fragmentum leiden-
se (ed. 1955) delle Sententiae di Paolo studiato da Ser-
rao ed altri, e il Fragmentum Ulpiani ex libris
ad edictum (ed. 1957 ancora da Arangio Ruiz). Gli
Apokrimata (ed. 1954) sono disposizioni di Alessandro
Severo per l'amministrazione dell'Egitto. Di minore
importanza sono altri pochi testi.

Nel campo epigrafico grande interesse ha suscitato la
lex Irnitana, scoperta in Spagna nel 1981⁷, utile alla
(ed. 1986) conoscenza del diritto municipale e del processo ro-
mano. Impresa benemerita va considerata la

edizione delle nuove Tavolette dette di Murecine,
provenienti dall'archivio dei Sulpici, dovuta all'impul-
so di V. Arangio Ruiz, superando difficoltà tecniche
grandissime, alla cui restituzione hanno lavorato
Sbordone e Giordano ed il nostro L. Bove, del quale si
hanno accurati commenti, nonché alcune rettifiche di
G. Camodeca. Non sono testi di giuristi, ma li ho ricor-
dati in questa sede, perchè essi danno nuovi elementi
per conoscere l'uso pratico del diritto.

Nella critica di Lauria sull'insufficienza e le lacune negli studi sulle fonti comincia ad intravedersi quella l'idea che diverrà centrale nella sua opera, l'idea dell'unità dell'ordo iuris, del sistema della giurisprudenza.

In un vero e proprio programma di ricerche, com'è la prolusione patavina, non poteva mancare il tema delle interpolazioni, che cominciava ad essere oggetto di dibattito e sul quale non posso addentrarmi. Dirò solo che Lauria considerava la ricerca delle interpolazioni un'esigenza essenziale e rilevava che ad essa si dovevano risultati preziosi, ma nello

stesso tempo, avvicinandosi alle idee di Kunkel, poneva in evidenza i pericoli insiti nel metodo ed i suoi limiti, trattandosi a suo giudizio di qualcosa di estraneo " non solo alle indagini giuridiche o dogmatiche, ma anche alle storiche".

Per quanto riguarda le opere principali del suo tempo Lauria non accetta la tesi di Schulz, che i Principi da lui elaborati per il diritto romano siano immanenti in ogni ordinamento giuridico. Rifiuta l'esaltazione compiuta dal Biondi dell'opera legislativa di Giustiniano per l'ispirazione religiosa che la pervade. Rileva i limiti delle norme sul divorzio, punito ma non appollito e l'intolleranza delle lodi ai pontefici, affermandone il carattere barbaro. Solo in nome della scienza, non di quello che è estrinseco, si valuta un'opera.

Con una rigorosa visione storica della ricerca romanistica viene discussa e respinta la tesi del Betti sull'elaborazione dogmatica moderna di rapporti ed istituti antichi. Condivido pienamente la critica e per quel che ho potuto, ho sempre cercato di comprendere ed interpretare il pensiero degli antichi senza far ricorso a categorie moderne. Non penso invece, che una critica inversa si possa opporre all'opera del Bonfante, come invece Lauria riteneva, giudicandola "impostata tutta ed esclusivamente sul-

le ombre del passato". Egli ritiene che la ricostruzione del diritto di famiglia dell'età classica sulla base dei caratteri politici della famiglia nell'età più antica fosse antistorica, perché quei caratteri non erano più operanti nell'età repubblicana e classica.

Gr. Riv.
V. M. N.
M. M.

A me pare che in tal modo si fraintenda l'opera del Bonfante, il quale non ha certo costruito il diritto di famiglia e quello di successione su fondamenti arcaici, ma ha desunto da talune caratteristiche degli istituti storici la loro struttura originaria, applicando il metodo naturalistico e cioè considerando quelle caratteristiche come fossili. Se mai la spiegazione politica ha bisogno di basi diverse, come ho tentato di spiegare altrove.

Detto questo, non si può non consentire con l'opinione che il diritto giustiniano e quello postacclassico esigono una valutazione storica e non possono essere trattati, come avviene o avveniva per il primo, con un metodo pandettistico. Sulla base di tali considerazioni Lauria rilevava che vi erano infiniti problemi trascurati e ne enumerava anche alcuni più significativi. Egli terminava modestamente con le parole "non pretendo aprire nuovi orizzonti, ho voluto soltanto esporre il mio pensiero sui compiti immediati e sugli indirizzi seguiti dalla scienza romanistica contemporanea". Ed invece stava proprio aprendo nuovi orizzonti, come apparirà in modo chiaro nelle sue opere *Ius romanum*, del 1963, e *Jus. Visioni romane e moderne*, (1a ed. 1958, 3a 1967) e nei suoi corsi più significativi. Essi vanno ricordati assieme a scritti minori ed al corso del 1953 dal titolo, già di per sé indicativo *Possessiones*, nel quale si respingono le teorie tradizionali, a cominciare da quella del Savigny. Il corso del 1952 *Matrimonio-Dote* è una rielaborazione di quello patavino del 1935-36, nel quale ricorda il corso sul matrimonio seguito a Friburgo nel 1926 alla scuola di Ernst Levy.

A me pare che il libro nel quale è pienamente formulata la nuova concezione dell'A. sul sistema della giurisprudenza romana, l'ordo iuris, è Ius Romanum. Di quest'opera non si può non condividere il giudizio di Franz Wieacker, studioso tra i massimi del tema: "Questo libro indaga l'intima struttura degli scritti dei giuristi romani nella loro interezza con tale intensità e concentrazione, come non era più accaduto dalle opere fondamentali di Lenel, nemmeno con la Storia della giurisprudenza romana di Schulz che ci informa con tanto ardimento e senza pregiudizio, ma senza analisi dettagliate, sul carattere ed i tipi delle opere dei giuristi". In questo eccezionale lavoro di analisi e di sintesi, aggiungiamo, il modello e ad un tempo l'antitesi è Lenel, il solo che nel giudizio dell'A. abbia ricostruito il sistema. In questa fase della sua opera il solo ed unico maestro è appunto per L. il grande maestro di Friburgo: "I risultati che Lenel prospetta con acume geniale, spesso divinatorio, sono le uniche conclusioni scientifiche moderne utilizzabili per la ricerca presente" (p. 18). Ma l'indagine corregge la ricostruzione dell'Editto di Lenel in alcuni punti fondamentali ed in molti secondari. Essa la inquadra nel sistema completo dell'ius Romanum. La ricerca dunque mira a dimostrare che dalle XII tavole, in una ricostruzione rielaborata rispetto a quella di Schaeff, preferita dalla dottrina moderna a tutte le altre, editto, opere dei giuristi, costituzioni imperiali, il Gnomon dell'Idiologo, le compilazioni private e legislative, le leggi romano germaniche, il codice Teodosiano, le Istituzioni, il Codice, i Digesti

di Giustiniano, le esposizioni dottrinali bizantine e perfino esposizioni politiche o politico-giuridiche, tra le altre biografie, panegirici, apologie, adottano un ordine costante tradizionale, adattando le sezioni di diritto romano agli svolgimenti successivi. Si può aggiungere che perfino lo scritto sull'agricoltura di Catone, seguirebbe una tripartizione sistematica, dalla quale Maurianc riteneva di trarre la prova delle rotazioni triennali.

La tesi è arditissima ed è in contrasto con le opinioni comuni, secondo le quali esistono diversità e contrapposizioni, a cominciare da quella *ius civile-ius honorarium* ed inoltre metodi propri di vari giuristi. Vi sono temi che per lo stato delle fonti hanno sempre sollevato dubbi e dissensi nella ricostruzione, come per le XII Tavole, delle quali ancora oggi, proprio nella nostra Università, per iniziativa del prof. Amirante e con l'impegno di vari studiosi (Oliviero Diliberto e Fed. D'Ippolito hanno pubblicato i primi risultati), si tenta una nuova Palingenesi o ricostruzione. Ma A. Guarino non nasconde il suo scetticismo sulle possibilità di giungere a risultati apprezzabili, dato lo stato delle fonti e l'oscurità che circonda l'origine delle XII Tavole. Senza dubbio il compito è assai difficile, tanto più se si pone nel conto anche l'aspetto istituzionale dell'avvento al potere dei decemviri, di solito trascurato dagli storici del diritto ed anche da quelli della costituzione. Io rimango dell'opinione, che del resto risale al Niebuhr, che i decemviri erano una nuova magistratura e per questo avversata aspramente almeno da una parte del patriziato, che la considerava

un ritorno al regnum, come riferisce Livio. Questo rende verosimile che essi emanassero quelle norme di carattere pubblicistico, che sostituirono le prime garanzie per i cittadini. Se esse sono scomparse nel Tripartita di Sesto Elio è perchè questi esprimeva il diritto civile come si era venuto formando nella giurisprudenza pontificale. Riconosco però l'importanza dell'obiezione di Guarino, che se tali norme vi fossero state la plebe non avrebbe mancato di invocarle nelle aspre lotte successive.

Mi sono soffermato sulle XII Tavole per sottolineare quanto sia ardua qualsiasi ricerca sul sistema, il che diviene ancor più rilevante per la scarsissima disponibilità di testi dei giuristi più antichi, che in genere conosciamo solo dalle citazioni di autori dell'età classica. Queste sommarie considerazioni non mi inducono tuttavia alla conclusione che l'opera di Lauria era per la sua stessa natura destinata all'insuccesso. Essa ha invece rappresentato un tentativo molto stimolante di ordinare tutto il materiale testuale pervenutoci e non si può negare che in vari punti non secondari la coincidenza tra fonti varie ed in primo luogo quelle dello ius civile e del diritto edittale dimostrino che un qualche ordine tradizionale era seguito. Che i Romani nell'età repubblicana considerassero il diritto pretorio come parte del diritto civile è più che probabile, certo negli scritti di Cicerone. Già nel lungo saggio *Ius civile-ius honorarium* del 1945 si trova l'idea che non vi sono differenze di valore tra l'uno e l'altro, ma solo di struttura. Esistono peraltro problemi che andrebbero approfonditi, quelli cioè relativi ai modi di formazione del-

l'Editto del pretore, che non si può considerare allo stesso modo dell'opera di un giurista, essendo il risultato dell'attività di magistrati diversi, che rivestirono anno per anno la carica. Per di più non vi è accordo sull'inserimento delle clausole precedenti e basti pensare alla critica di Guarino. Comunque un confronto con le rubriche riguarda il testo come fu fissato nell'età di Adriano per opera di Salvio

Giuliano o anche prima, dal momento che già Laeone verosimilmente aveva scritto un commento all'editto del pretore urbano di almeno trenta libri, non meno cioè di quanti ne aveva scritti per l'editto del pretore peregrino. Ma come si sia giunti ad una redazione del testo edittole nel corso del tempo è assai difficile dire e non possiamo sapere con certezza quanto l'opera dei vari giuristi abbia contribuito ad una stesura del testo già nell'ultimo periodo della Repubblica; sappiamo che Servio Sulpicio aveva scritto due libri, ma il suo allievo Ofilio aveva redatto un commento assai più ampio. Di nessuno dei due ci è giunto un frammento, ma solo poche citazioni e la ricostruzione di Lenel nella Palingenesia è fatta sull'ordine dell'editto giuliano. Anche per altre opere della prima età imperiale, come quella di Caelius Sabinus, che aveva pubblicato un commento all'editto degli edili curuli, ci sono pervenute citazioni, una tratta da Aulo Gellio, le altre da Ulpiano, Gaio e ~~Ulpiano~~ ^{Ulpiano}, ma nessun frammento diretto. È troppo poco per trarne indizi sull'ordine sistematico. Quanto a Juventius Celsus figlio, i cui primi

27 libri di digesta sono dedicati all'editto, egli era un contemporaneo di Giuliano e quindi è possibile che l'ordine della sua opera sia analogo a quello del testo redatto da Giuliano. Ma le ricerche attuali di Casavola e Cerami, che hanno sviluppato spunti critici di Wieacker e Bretone, hanno posto in risalto l'originalità dell'opera ed il suo carattere sostanzialmente critico di quella di Giuliano, il che lascia credere che anche sotto un'apparente uniformità sistematica vi erano diversità profonde tra i giuristi, né le riserve critiche di Filippo Gallo sulla definizione celsiana del ius tolgono valore, ma avvalorano tale giudizio.

Le considerazioni che precedono non invalidano la tesi di fondo di Lauria, ma ne rilevano il carattere non di rado ipotetico, il che deriva dallo stato delle fonti. Anche le alternative possibili hanno il medesimo carattere ipotetico, ma a nostro parere nessuna ha una forza stimolante analoga. Non si può tacere il fatto che egli ha anticipato una tendenza, che si è poi venuta affermando ad opera di una generazione più giovane, in buona parte uscita dalla scuola napoletana. Tra gli altri Fr. Casavola, A. Bretone, A. Schiavone, F. D'Ipollito, i quali hanno dato importanti contributi allo studio dei giuristi romani e della giurisprudenza, anche se qualcuno non sempre mostra di apprezzare nel giusto modo l'opera originale dell'amico scomparso. Con Lauria vanno menzionati studiosi stranieri, come W. Kunkel e Fr. Wieacker e lo stesso Fritz Schulz, che nonostante i giudizi critici di molti, io continuo a giudicare come un grande suscitatore di idee con la sua Storia della giurisprudenza romana ed i suoi

Principi del diritto romano, che vanno letti in una luce storicamente datata e quindi considerando alcune forzature scientificamente discutibili come espressione di una forte volontà di difendere con il diritto romano la persona dell'uomo e la sua libertà contro l'attacco del nazismo. E questo fa di lui, assieme alla sua grandezza di studioso, uno storico di razza.

Anche la vita e la formazione culturale di Mario Lauria illuminano le sue qualità di studioso. Nato a Napoli il 20 ottobre 1903 da famiglia aristocratica di origine lucana - il padre era peraltro un dotto avvocato di cause feudali - egli fu allievo del Collegio militare e poi studente della Nostra Facoltà. Conseguì la laurea nel 1923 con una tesi su "L'erore nei negozi giuridici", donde il saggio del quale ho ampiamente parlato all'inizio. Il suo maestro fu V. Arangio Ruiz. ~~Egli~~ Vinse una borsa di studio per la Germania e si recò a Friburgo e frequentò i maestri della generazione più anziana, come Lenel, Levy, Schulz, Kantorowicz ed i colleghi suoi coetanei, come Kunkel e Wieacker. Questo giovane italiano, che apprese il tedesco in modo perfetto, dovette impressionare gli studiosi che incontrava ed egli stesso racconta con quanta gentilezza fosse ricevuto in particolare da Schulz, che lo ospitò per qualche giorno nella sua casa. Egli aveva attinto molto dallo studio delle loro opere, ma la sua formazione stava in quella grande tradizione filosofica e scientifica, che risaliva a Vico. Fra i giuristi famosi a Napoli avevano insegnato C. Fadda ed R. De Ruggiero. Arangio Ruiz era stato il suo primo maestro, poi alla fine del 1927 vi giunse

Siro Solazzi. Il primo spaziava su tutto il diritto antico ed era altresì appassionato e scrupoloso editore di fonti. Il secondo era grande nella ricostruzione del pensiero dei giuristi dell'età classica, con una straordinaria padronanza delle fonti. Come era costume di questi maestri e di altri, che egli ricorda come modelli dei suoi corsi, Segrè, Bonfante, Longo e poi C. Fadda e V. Scialoja, Lauria badava alla profondità della ricerca con accurato esame di tutte le fonti disponibili, non raffazzonando lavori di compilazione, come talvolta accade oggi, ma costruendo lavori dominati da un'idea originale.

Studio appassionato ed instancabile egli ha prodotto numerosi lavori fino agli ultimi giorni. Qui devo limitarmi a darne una notizia sommaria. Cato, de Agricultura (1978); Il capo, il volto, gli occhi coperti (1980); SC. de Bacchanalibus ed alcune costituzioni (1978, pubbl. 81); Epistula II.1 (Domino meo Antonio Augusto) Fronto (1982); L. A. Senecae apokolokuntesis divi Calpurnii (1982); O gnomon tou idio logou. RETRACTATIO (1983); De ara Victoriae Virginibus Vestalibus (1984); Lex Dei (1985); Iura Romana operta (tra l'altro il primo Concilio Arelatense) (1986); Legum romanarum aeneata fragme, nna latina (1987); Concilium Eliberitanum (dal nome della località, Elbira presso Granata) un concilio dell'inizio del IV secolo (1988). L'ultimo in ordine di tempo, a mia conoscenza, è Cic. de nat. deor. 3.30.74 (1991). In genere questi scritti sono dedicati alla dimostrazione che l'ordine seguito era quello edittale. Degno di rilievo è la retractatio del gnomon, nella quale si dichiara interamente errata

la ricostruzione compiuta in uno studio precedente del 1964. L'estensore del documento afferma all'inizio che egli ha compiuto un riassunto e rinvia alla memoria del destinatario per le cose non dette. Lauria pensa di poter estendere questo rinvio alla memoria anche ai testi presi a riferimento per l'ordine, il che mi appare indimostrabile.

Egli era un intellettuale nel più alto senso della Parola. La libertà e la scienza erano indissolubili. Ha definito apertamente barbare le leggi razziali e mantenuto rapporti con giuristi e storici in Germania ed in Italia cacciati dalle Università e spesso costretti all'esilio.

Nell'influenza del pensiero di Croce fu tra i fondatori a Napoli del Partito liberale e del quotidiano "La libertà", che apparve al tempo della liberazione. La sua passione era il libro e non di rado, nei nostri viaggi per Bari, al risveglio nello scomodo treno, salutava l'alba immergendosi nella lettura.

Non era un accademico chiuso ai rumori del mondo, ma aperto ai problemi del tempo; ne abbiamo qualche traccia nelle conferenze, come Università oggi, relazioni sullo stato delle biblioteche universitarie, interventi su temi allora già attuali, come Orientamenti e smarrimenti nella coscienza giuridica moderna del 1954.

Il suo carattere era affabile e mite, ma non debole e rassegnato, i suoi comportamenti semplici e disadorno l'abito. Aveva conosciuto la moglie Adele, assistente di fisica nell'Ateneo di Genova, città dove si sposarono nel 1931. Ad essa era legato da tenerissimo affetto ed ^{ai} figli, che nacquero negli anni di poi. Ad Adele aveva dedicato il suo libro "Jas. Visioni romane e moderne" in occasione delle nozze d'argento, il cui anniversario ricorreva il 20 aprile 1956, con parole ispirate in italiano tedesco e greco, concise come in una epigrafe.

Egli è vissuto a lungo. La morte lo ha portato via silenziosamente il 5 settembre 1991, all'età di 88 anni. Sono molti e molto bene spesi. Ma i pensieri sulla brevità della vita non sono meno malinconici, nè ci è di conforto la filosofia di Seneca che la vita è breve soltanto per chi la riempie di nulla o di frivoli passatempi, ma non lo è per chi la dedica alla scienza. A me pare vero l'opposto. Quanto più si è operato per la scienza o per altri fini elevati dell'uomo, tanto più la vita è breve e la sua brevità rende impossibile di raggiungere più alte vette. Non vale imprecare contro la natura e dire, con gli autori antichi, che essa ha dato ad alcune bestie una vita più lunga, nè ci consola il pensiero delle molte opere che sopravvivono alla fine di un sapiente. Insieme al dolore dei familiari, degli allievi, degli amici, rimane il rimpianto per quello che Mario avrebbe potuto ancora darci e che non potrà essere dato.

Università degli Studi di Macerata
1952

Orientamenti e avvenimenti nella
civiltà greco-romana - Atene
14 ago 54

L'ordine nella legge municipale romana
Rec. et de Society Storia dei Romani
Bull. ILL 8m 1960
Bull. 63

d'ordine in via nella legge dei e nell'Epistola
Theodorici 1959 -

Relig. Bibl. medievale

Il nome nella cultura 1964 Acc. Imp.

Le obbligazioni nel diritto romano

Legge Romana e Aeneas Fragmenta
1 DH 1987 Wies. 1968

(non pubblicata in JTD OC)

Cl, 1996, 103

muscle,

Lic. de nat. Nov 3.30.74 AC Nap. 1991

Concilium Biberitarum Flint Jylislas (1998)

Inna Romana aperta STD 1986

Xibolog melle domini westrum note SD 86

Lex dei STD 85

Grasman Idieu degen Retinatio STD 83

de Anna Victoriae Virginibusque Vestalibus

STD 84

L. Annae Annae A prole mlt. St Basilich III (82)

Atth Ac. 82

Epist. XI.1 novius mna Antonino Aug. Rento

St. Sanftigapo 82

Institutiones: Sc. de Boce. Jun 29. 1978. (8)

Il capo il volto e gli occhi aperti Index 1980 81

Esposizione prudente CHD 6.16. Atth Ac. Cortan.

Note H lettera a Riccobono - Antiqua - (1980)

Ums Inctoritas Santa V. diibston

Jun - Lege. 1970 Atth Acc.

Il meteo opera nella notazione opiz. mna 1964

Carta da minuta

SENATO DELLA REPUBBLICA

Ricerche su Paolo Sant.

Basel - Rotondi -

autobiografia di Paolo Sant. -

parte introduttiva e (costo 3° me)

composto per all'epoca di Sant. -

294 - in 1000. base Apica -

rispetto al principio di ingenerosità mi
sia l'istituzione nel loro spirito mi
per lo stato attuale della capitale di
guisato da essere buoni per loro e
non eccetto nemmeno (p. 161)

A me pare che l'esame tale fatto da
l'A. - neologie e da una molto veramente
l'istituzione della nostra all'epoca quanto
sulla data di -

See my circle - in honor -
Write a postcard to my -

2. coordination of present records
Scheme attached is -

bra smoke & hi. & fine glaze
Bonfanti

St. Bonaventure 1930

in inscribed, v. h. no p. 61
138 (notes)

her sagte firsichst nur 2 apf
mit quark nur 1 in 100

1st Dec, the a sun tenger with

hai un acetat bilit de la Kirschner

face to the north & water

legislation, we make all the suggestions.

Erster Teil des 1. und 2. Buches

entrò per la deficiente della funzione

1. distinzione dell' aspirante e del vero

integrated. Material not shown to the group
(p. 326)

in Richardson (332, n. 31)

Schultz (same unpublished work 322)

Brown - In the same group of people & the
other school (332)

One of the, or two, first in the same group
of interests. Some, and in various forms

systematic. The effect of the evolution
& the environment of the same
(334)

Brown 334

The same group of people from all ages
& the same. & the same. 336: the same

sint. a della stessa categoria
hardy - v. in personam non è
una categoria, ma un nome
cui corrisponde un concetto inde-
terminabile - (p. 3)

L'unico caso in cui si è dovuto
prendere in considerazione l'animo
per un fatto di diritto positivo
è la prescrizione alla Terza legge
nella volontà. L.

Per i linguisti vale la ricerca
dell'origine - per i classici
la non corrispondenza delle
parole alla volontà - Alti "
fuori alla legge secondo Rot. III

Contro l'ist. prescrizione
nell'epoca di origine, i servizi
p. 80 conseguente alla politica
costituita, nella legge

• Conto il lavoro eseguito
del lago proconsolare 86

Carta da minuta

per la durata *Sen. de brev. vitae* 1.1-2
Lic. Tusc. III. 69 (B. d.) [27 *Garnier*]

perché scelse il dat. romano?

~~Il titolo esatto di C. *in reg. rom. mbe just.*~~

~~codice *teodosio*~~

e nelle *Ricorde in Ponti* *Leut. libro 1* & le
jurispr. Antiquit ^{*reliquae*} *reliques* - *Kübler* - *Huscha*
~~disponi (6^a ed. 1908 1927)~~

In *Instituti* 330 n. 42 *ricorda che non si*
è nemmeno nel suo l'aggiunta di una
completa che la sent. siano in restorazione
completa nella la fine del 3^o secolo

~~fontes *mon. romani antiqui* di *Benny* - *Gradwitz*
collectio ^{*historum*} *antiquit.* (*Kröger* - *Mom.*
msen - *de la* - *lot. dip.* - *Berlin* -~~

~~di *Bodo* *contra* la *Epistola* *Alfiani*
nell' *ed.* di *Schmidt* del 1926~~

Carta da minuta

SENATO DELLA REPUBBLICA

Lauri Indiriz p. 325 n. 18

ita l'azione di Bonn C.R. Antiqui-
stici, che è quella di Haerle e

contiene i frammenti del AA. figurano di
Eurrogemio e il C.R. Antiqui, le
novelle e le Simoni e Simoni

anno del corso sul diritto pubblico
(S. d.)

Mario Lauria nato a Napoli il 20 ottobre 1903 frequentò il Collegio Militare della Nunziatella dal 1917 al 1920. Si laureò a vent'anni nel 1923 con il Prof. Arangio - Ruiz con la tesi "L'errore nei negozi giuridici". Vinse una borsa di studio (1926) per la Germania dove si recò a Friburgo frequentando Otto Lenel, Levy, Schulz, Kantorowicz, Kunkel, Wieacker.

Nel 1927 prese la libera docenza in diritto romano e cominciò ad insegnare a Urbino e Macerata come incaricato di istituzioni di diritto romano.

Nel 1934 vinse due concorsi: uno di istituzioni di diritto romano ed uno di storia del diritto romano, fu chiamato a Cagliari, dove rimase un anno.

Nel 1935 fu chiamato a Padova e nel 1936 a Bari dove rimase fino al 1943.

Nel 1944 fu chiamato all'Università di Napoli, dove in precedenza aveva sostituito in Prof. Arangio - Ruiz che insegnava in Egitto, ~~non~~ aiutava anche il Prof. Solazzi negli esami.

Nel 1944-45 con alcuni amici (avv.ti Mario Florio, Michele Della Morte ed altri) e sotto l'egidia di Benedetto Croce fondarono il Partito Liberale a Napoli, dando anche vita al quotidiano liberale "Il Giornale".

Mario Lauria conobbe la moglie Adele Donetti, assistente di fisica presso l'Università di Genova, a Barga (Lucca). Egli vi era ospite del Prof. Pompeo Biondi suo collega di Macerata e si sposarono a Genova nel 1931, e da allora vissero sereni a Napoli fino alla sua morte, avendo celebrato il 60mo anniversario delle loro nozze.

Dopo il 1945 fu invitato e fece varie lezioni nelle Università di Friburgo, Amburgo, Berlino, Gottinga, Kiel, lezioni tenute in tedesco lingua che conosceva benissimo.

Fu invitato anche a tenere alcune lezioni nelle Università spagnole di Barcellona, Madrid, Salamanca.

Fu pure invitato in Grecia dove tenne alcune lezioni nella Università di Atene.

La scomparsa di Mario Lauria, storico del diritto e maestro di intere generazioni

Un uomo nella coscienza delle leggi

di FRANCO CASAVOLA

Il 5 settembre, nella sua casa di vico Monteroduni a Napoli, si è spento, a quasi ottantotto anni, Mario Lauria, professore emerito di diritto romano nella nostra Università. Tra tanti personaggi che ingombrano le cronache, specie in questi decenni di effimero più che di vite d'uomini, rischiano la pubblica dimenticanza proprio quelle figure che qui hanno durevolmente costruito nelle intelligenze e nelle coscienze di generazioni di giovani, e fuori di qui hanno proiettato una immagine alta e nobile della cultura e dell'ingegno napoletano. Dotato di ereditaria sensibilità giuridica - l'avo paterno magistrato, il padre, il lucano barone Francesco, avvocato feudista - Mario Stanislao Lauria fu iniziato ancora adolescente alla ricerca romanistica da Vincenzo Arangio Ruiz, di cui ascoltò diciassettene la prima lezione nell'inverno del 1921. Innamorato della Germania, vi viaggiò e soggiornò fin dalla prima giovinezza conoscendone i maggiori maestri universitari. Da Otto Lenel, ricostruttore dell'ordine originario delle opere dei giuristi romani e dell'Editto pretorio, trasse la più profonda delle suggestioni che lo avrebbe accompagnato per tutta la vita scientifica: l'impossibile recupero di uno schema ordinatorio dell'intero sapere giuridico antico. Da Fritz Schulz, che a Bonn il 18 lu-

glio 1926 accolse «come un vecchio amico il giovanissimo dottore italiano ignoto e sconosciuto», e da Wolfgang Kunkel, massimo tra i coetanei ed amici, derivò il gusto nascente per la reviviscenza della giurisprudenza e delle figure dei singoli giuristi; da Ernst Levy, di cui seguì un corso privato in Freiburg im Breisgau, l'interesse per i processi di volgarizzazione del diritto; da Franz Wieacker quello per i problemi di tradizione testuale della letteratura giuridica classica.

Precocemente e con qualche audacia, trentaquattrenne, criticò la dominante filologia interpolazionistica come «estranea non solo alle indagini giuridiche o dommatiche, ma anche alle storiche»; denunciò la lacuna dello studio del diritto del tardo antico e dell'età giustiniana; ritenne la conoscenza storica del diritto una necessità per qualsiasi giurista, perché la sistemazione dommatica, per essere valutativa e non tautologica, deve essere consapevole delle ragioni concrete del sorgere e del mutare degli istituti nel tempo. Paventava, egli dottissimo, che gli insegnamenti storico-giuridici scadessero nella mera erudizione, senza educare i giovani al senso e alla responsabilità del pensare giuridicamente.

E tuttavia ebbe orrore di ogni utilizzazione pragmatica della storia, che si esaurisce nel solo atto di conoscenza, giustificato dalla simpatia e curiosità dello storico, capace di rivivere anche emotivamente il passato. Soggettiva è la distanza tra presente e passato: per taluno ha più risonanza e significato un versetto delle Dodici Tavole che non la più recente legge pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale. Nel secondo dopoguerra avvertì con acutezza la crisi del diritto in Europa. Come ogni grande storico legava caduche vicende della vita quotidiana a grandi e duraturi problemi.

Dagli striscioni, fatti affiggere dagli anglo-americani a Napoli nell'ottobre del 1943, con l'ingenuo monito «La legge è in vigore: rispettatela», argomentava sulla diffidenza universale «verso le norme attuali e le future che dovrebbero correggerle». Il breve, tagliente articolo del 1952, in cui descrisse la sfiducia dello Stato verso sé stesso, potrebbe essere utilmente letto dai nostri governanti di oggi. Migliaia di studenti napoletani si sono incontrati con le monografie dei suoi corsi, che usava scrivere seguendo il canone di Giorgio Pasquali: «Maestri che ascoltano la propria voce e non si curano di quel che gli sco-

lari pensino, di come ragionino, sono meritamente derisi e dispregiati».

Anche gli studenti, cui le pagine di Lauria apparivano tanto ardue da costringerli al disperato espediente di «saltare i testi latini e greci e di tradurre in italiano il resto», capivano di dover scegliere di ragionare, pur con pochi mezzi, anziché di tentare un'acrobazia mnemonica.

L'originalità dei giudizi, la singolarità dei comportamenti, qualità dell'uomo di genio, si fissavano in aneddoti leggendari. Tutti avvertivano in lui una mente superiore tenuta in costante esercizio su sterminate serie di fonti documentali giuridiche, letterarie, retoriche, grammaticali, patristiche, latine, greche, bizantine, medievali, in un incessante circuito di intuizioni e di ragionamenti tra piccola e grande storia. Egli apparteneva all'aristocrazia degli irrequieti spiriti investiganti, inesauribilmente attratti dall'infinità delle cose non conosciute o non capite, non alla folla crescente dei divulgatori dell'ovvio. La contraddizione tra l'amore per i giovani, di cui presentava il destino nella dedizione agli studi, e la solitudine, ora beata ora sdegnata, in cui usava isolarsi, può essere lasciata irrisolta, adattando a lui quel che fu detto di Erasmo: Lauria est homo pro se.

Index 492

Lettere

Mario Lauria

Napoli, 26.10.1981

Carissimo Labruna,

Con attonito stupore e profonda sincera commozione — ed ammirazione (per « lo bello stile ») — leggo il ricordo che mi dedichi in e con Index 9/1980, pubblicato in perfetta coincidenza con il mio genliaco: mai e poi mai avrei supposto che tu avessi così intelligentemente ricambiata la « stravaganza » che ti offrii come contributo doveroso ed augurio affettuoso per l'avvenire dell'Index: che tanto apprezzo nella tua direzione esemplare, dotta, aperta, entusiasta, precisa *anche* nello scrupolo di precisione tipografica.

Sentii Vittorio Scialoja che dichiarò alle onoranze per Pietro Bonfante « Se non avessi fatto altro nella mia vita, avrei ben operato creando Pietro Bonfante »: io, nel mio microcosmo, rievoco chi, come te, mi ascoltò, mi rimembra a sua volta, intento a progredire oltre, mi incita a continuare nelle indagini, me le pubblica con somma amabilità ed imperturbabile pazienza: ne sono lieto, null'altro desidero né accetterei. Grazie.

Buona fortuna a te dal tuo gratissimo

MARIO LAURIA

* *

Caro amico,

grazie, grazie ricevo l'opuscolo sul restauro della sede del Dipartimento e sulla storia dello splendido edificio cinquecentesco che lo ospita, e che finora ignoravo; mi accingo a studiarlo con l'entusiasmo di tanto maggiore perché vedo che lo ha curato e stampato l'Arte Tipografica, che io con altri e ben più capaci di me creammo affidandone la direzione al vecchio don Angelo Rossi, ottimo tipografo napoletano, presso il quale io trascrissi a macchina la mia tesi di laurea nel 1924 quando era ancora la tipografia degli artigianelli, la quale compose e stampò un volume di mio padre, l'avv.to Francesco Lauria. Ricordo molto bene gli inizi dell'Arte Tipografica e le sue pubblicazioni che fu ono della nostra Univer-

Ux
sità fino ad un certo momento, e ricordo anche che in quell'epoca, esattamente prima che io partissi per Friburgo per andare a studiare con Lenel ed altri sommi professori che tu sai, era sommamente difficile studiare nella biblioteca universitaria di Napoli di cui mi accingo a leggere la storia: era invero sconsigliabilissimo allora frequentare la biblioteca universitaria a Napoli perché i bibliotecari addetti, con buona pace dell'anima loro se ne disinteressavano: sapevo che questa biblioteca era curata, tra gli altri, da un impiegato con funzioni di bibliotecario che ignorava dove fossero gli interruttori della luce elettrica e dove era impiegata una signorina Diaz la quale si vantava di aver completato settecento schede normali come unico lavoro suo durante sei mesi. E sapevo altresì che il mio ottimo prof. Ugo Forti, mi domandava stupito se io riuscissi a trovare qualche libro che per scrupolo andava a richiedere in detta biblioteca. Ma tu non c'eri e forse non eri ancora nato. Ed io sono lieto di poter ancora apprendere circa questa buona istituzione napoletana. E non escludo che abbia a pregarti eventualmente di nuovo per altre pubblicazioni.

Ux
le

Con l'occasione mi compiaccio con te per la formazione che ha raggiunto *** che non invidio ma ammiro. Bravo.

Auguri affettuosi a tutta la tua famiglia ed a te, vorrei proprio essere con te a Monaco come sento e dove sono un poco spiritualmente di casa. Affettuosamente

MARIO LAURIA

Napoli, 20.12.90

Il 5 settembre, nella sua casa di vico Monteroduni a Napoli, si è spento, a quasi ottantotto anni, Mario Lauria. Tra tanti personaggi che ingombrano le cronache, specie in questi decenni di effimero più che di vite d'uomini, rischiano la pubblica dimenticanza proprio quelle figure che qui hanno durevolmente costruito nelle intelligenze e nelle coscienze di generazioni di giovani, e fuori di qui hanno proiettato una immagine alta e nobile della cultura e dell'ingegno napoletano. Dotato di ereditaria sensibilità giuridica — l'avo paterno magistrato, il padre, il lucano barone Francesco, avvocato feudista — Mario Stanislao Lauria fu iniziato ancora adolescente alla ricerca romanistica da Vincenzo Arangio-Ruiz, di cui ascoltò diciassette la prima lezione nell'inverno del 1921. Innamorato della Germania, vi viaggiò e soggiornò fin dalla prima giovinezza conoscendone i maggiori maestri universitari. Da Otto Lenel, ricostruttore dell'ordine originario delle opere dei giuristi romani e dell'Editto pretorio, trasse la più profonda delle suggestioni che lo avrebbe accompagnato per tutta la vita scientifica: l'impossibile recupero di uno schema ordinario dell'intero sapere giuridico antico. Da Fritz Schulz, che a Bonn il 18 luglio 1926 accolse « come un vecchio amico il giovanissimo dottore italiano ignoto e sconosciuto », e da Wolfgang Kunkel, massimo tra i coetanei ed amici, derivò il gusto nascente per la reviviscenza della giurisprudenza e delle figure dei singoli giuristi; da Ernst Levy, di cui seguì un corso privato in Freiburg im Breisgau, l'interesse per i processi di volgarizzazione del diritto; da Franz Wieacker quello per i problemi di tradizione testuale della letteratura giuridica classica.

Precocemente e con qualche audacia, trentaquattrenne, criticò la dominante filologia interpolazionistica come « estranea non solo alle indagini giuridiche o dommatiche, ma anche alle storiche »; denunciò la lacuna dello studio del diritto del tardo antico e dell'età giustinianea; ritenne la conoscenza storica del diritto una necessità per qualsiasi giurista, perché la sistemazione dommatica, per essere valutativa e non tautologica, deve essere consapevole delle ragioni concrete del sorgere e del mutare degli istituti nel tempo. Paventava, egli dottissimo, che gli insegnamenti storico-giuridici scadessero nella mera erudizione, senza educare i giovani al senso e alla responsabilità del pensare giuridicamente. E tuttavia ebbe orrore di ogni utilizzazione pragmatica della storia, che si esaurisce nel solo atto di conoscenza, giustificato dalla simpatia e curiosità dello storico, capace di rivivere anche emotivamente il passato. Soggettiva è la distanza tra presente e passato: per taluno ha più risonanza e significato un versetto delle Dodici Tavole che non la più recente legge pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale. Nel secondo dopoguerra

Uno

avvertì con acutezza la crisi del diritto in Europa. Come ogni grande storico legava caduche vicende della vita quotidiana a grandi e duraturi problemi.

Dagli striscioni, fatti affiggere dagli anglo-americani a Napoli nell'Ottobre del 1943, con l'ingenuo monito « La legge è in vigore: rispettatela », argomentava sulla diffidenza universale « verso le norme attuali e le future che dovrebbero correggerle ». Il breve, tagliente articolo del 1952, in cui descrisse la sfiducia dello Stato verso se stesso, potrebbe essere utilmente letto dai nostri governanti di oggi. Migliaia di studenti napoletani si sono incotrati con le monografie dei suoi corsi, che usava scrivere seguendo il canone di Giorgio Pasquali: « Maestri che ascoltano la propria voce e non si curano di ~~per~~ che gli scolari pensino, di come ragionino, sono meritatamente derisi e dispreziati ».

Anche gli studenti, cui le pagine di Lauria apparivano tanto ardue da costringerli al disperato espediente di « saltare i testi latini e greci e di tradurre in italiano il resto », capivano di dover scegliere di ragionare, pur con pochi mezzi, anziché di tentare un'acrobazia mnemonica.

L'originalità dei giudizi, la singolarità dei comportamenti, qualità dell'uomo di genio, si fissavano in aneddoti leggendari. Tutti avvertivano in lui una mente superiore tenuta in costante esercizio su sterminate serie di fonti documentali giuridiche, letterarie, retoriche, grammaticali, patristiche, latine, greche, bizantine, medievali, in un incessante circuito di intuizioni e di ragionamenti tra piccola e grande storia. Egli apparteneva all'aristocrazia degli irrequieti spiriti investiganti, inesauribilmente attratti dall'infinità delle cose non conosciute o non capite, non alla folla crescente dei divulgatori dell'ovvio. La contraddizione tra l'amore per i giovani, di cui presentiva il destino nella dedizione agli studi, e la solitudine, ora beata ora sdegnata, in cui usava isolarsi, può essere lasciata irrisolta, adattando a lui quel che fu detto di Erasmo: Lauria *est homo pro se*.

Unt

que?

ine

Use

MARIO BRETONE

La storia del diritto romano
fra scienza giuridica e antichistica *

SOMMARIO. Profili teorici e di metodo (I) - La società e la costituzione politica (II) - Gli ordinamenti (III) - La giurisprudenza (IV).

I

La scienza giuridica in Europa, — o almeno nell'Europa continentale, — si è venuta costruendo come esegesi di quel grande «libro» che è il *Corpus iuris giustiniano*. Questa esegesi aveva lo scopo di adattarne le norme ai bisogni della pratica. La ricerca della «parola» antica in quanto tale, nei modi propri di un'ermeneutica contemplativa, è un'esigenza umanistica, e l'erudizione fra Cinque e Settecento seguì questa strada, muovendosi lungo un binario parallelo rispetto alla riflessione tecnico-giuridica e giuridico-sistemica. Filologia e scienza del diritto dovevano però incontrarsi nella splendida stagione dello storicismo tardo-settecentesco e ottocentesco. Il diritto viene ora inteso pienamente come un fenomeno storico. Savigny voleva che il Digesto fosse letto senza intermediari, come facevano i Glossatori¹; ma il rapporto che si stabilisce con esso è diverso da quello dei giuristi medievali. Il diritto romano non è più una *ratio scripta* fuori del tempo. Intenderlo nel suo processo formativo è necessario anche per la sua interpretazione sistematica.

* Sulla *Römische Rechtsgeschichte* di Franz WIEACKER, Erster Abschnitt, Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik [*Handbuch der Altertumswissenschaft* X 3.1.1] (München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988) pp. XXVI-724.

¹ Un accenno è nel mio saggio *Il «Beruf» e la ricerca del tempo classico*, in *Quaderni fiorentini* 9 (1980) 201.

La storia del diritto romano, o (diciamo pure) la romanistica come storia, definisce se stessa sul filo di una tradizione che risale all'Umanesimo. Certo, anche nei giuristi medievali poteva manifestarsi, nel corso del lavoro esegetico, un interesse storico; ma allora essi apparivano, nota Wieacker, più vicini a un Pomponio o alla «pedagogia» di un Gaio, che non a un moderno storico del diritto (p. 39). Bisogna percorrere un lungo cammino. Solo dagli anni ottanta inoltrati del secolo scorso², possiamo parlare di una «liberazione» della romanistica dall'obbligo di intendere i testi giustiniani in senso dogmatico. Il suo compito è sempre meno quello di proiettare, «sui materiali eterogenei delle fonti romane», le «premesse», i «sistemi» e i «concetti» di una scienza giuridica rinnovata (pp. 4, 46). Però la critica interpolazionistica, nonostante il radicalismo e il purismo «negativo» che la contraddistinguono, non contribuisce molto a cambiare le cose. Se si guarda bene, essa è guidata da un interesse storico-dogmatico piuttosto che storico-testuale; abbandona il rigore metodico che era stato proprio, fra l'altro, della filologia umanistica; scorge anche nel diritto giurisprudenziale classico una «chiusura sistematica» che gli è invece profondamente estranea (pp. 40-41, 46, 113-4, 154 ss., 181). Quanto Wieacker scrive su questo delicato momento dei nostri studi merita un'attenzione estrema.

Quali passi in avanti si compiono? Il «naufragio» dell'interpolazionismo radicale favorisce (non si deve nascondere) un indirizzo ingenuamente conservativo nell'impiego dei testi; ma apre anche possibilità nuove alla critica (la «Textstufenforschung» ne è un esempio decisivo). Si allarga l'orizzonte delle fonti che lo storico del diritto deve prendere in esame. Fra la romanistica e le altre scienze dell'antichità, non è però tanto la natura del documento il segno distintivo, quanto il fine che si propone l'interprete nel leggerlo (la ricerca, in altre parole, del significato giuridico). Non c'è dubbio che le fonti giuridico-letterarie occupino il posto più elevato in un ideale ordine gerarchico, se è vero che «il fenomeno (unico nella storia antica) di una grande letteratura tecnico-giuridica come quella romana rappresenta la via d'accesso verso un mondo spirituale autonomo». Ma questo non deve trarre in inganno. Proprio il fatto che quella letteratura costituisca una «tradizione autonoma», osserva acutamente Wieacker, ne riduce in qualche modo la forza come «testimonianza immediata della realtà giuridica» (pp. 50, 64, 84, 106, 182).

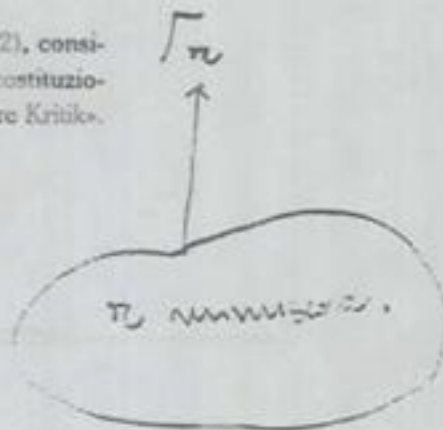
² Il primo volume del *Labeo* di Alfred Pernice esce però nel 1873, e circa vent'anni prima era cominciato il singolare *magistero* di Ilario Alibrandi.

Lo sguardo si concentra anche sui testi normativi imperiali e sulle loro raccolte. Questo territorio critico è uscito sempre più dall'ombra, rispetto a quello del Digesto. In che misura, e quando, e da parte di chi, le costituzioni hanno subito interventi riduttivi o modificativi? Wieacker discute, fra l'altro, la nota tesi di Edoardo Volterra, e ne ridimensiona a ragione la portata (pp. 173 ss., 175-6).

Il discorso sulle fonti e la loro analisi non trascura nessun dettaglio³. Segnalo particolarmente le pagine che riguardano la tradizione orale, recuperabile (s'intende) attraverso il ricordo scritto, e le pagine su quei «resti incorporei» (definibili così, anche se tramandati attraverso la scrittura o la rappresentazione iconografica), i quali consistono nei riti o nei gesti, oppure nei processi psicologico-linguistici (pp. 68-71). Nelle sue diverse epoche, l'esperienza giuridica romana appare più complessa di quanto non si sia creduto prima, e si moltiplicano le strade lungo le quali raggiungerla. Non viene trascurata l'economia; la giurisprudenza riceve luce da uno studio delle figure singole e delle singole opere, dei metodi argomentativi, delle forme letterarie; i tratti stilistici della cultura tardo-antica (il suo «volgarismo» e il suo «classicismo») entrano nel giudizio storico (pp. 52-58, 149-50, 161-4).

La discussione investe le premesse teoriche della disciplina. La romanistica odierna non rivendica tanto un «oggetto empirico» distinto da quello della storia antica in generale o delle discipline affini, quanto piuttosto uno «specifico interesse conoscitivo». L'esistenza di un «sistema di regole giuridiche» viene postulata solo come necessaria ipotesi di lavoro. Un forte impulso per la ricerca deriva dal «pathos della distanza dai concetti attuali». Modelli esplicativi come diritto e legge, diritto consuetudinario e diritto giurisprudenziale, si rivelano semplici «strumenti di avvio» (Starthilfen), modificabili e correggibili nel corso del lavoro storiografico (pp. 25-26, 30, 487-8). Sono pienamente d'accordo. Acquista, dunque, rilievo l'intero contesto antico in cui il diritto rientra. Perciò la romanistica si colloca ormai in una «posizione intermedia fra le scienze dell'antichità e la scienza giuridica». È vicina a una storia in senso «evenemenziale» quando studia singoli atti legislativi o singoli processi o atti di autonomia privata, oppure si sofferma sui giuristi con intento semplicemente biografico; come storia della «costituzione» è vicina alla storia politica, come storia delle istituzioni alla storia socia-

³ La seconda parte del libro, sulla «Romanistische Quellenkunde» (pp. 63-182), considera le «fonti primarie» e la «tradizione letteraria» (giuridica e non giuridica), la «costituzione» e «edizione dei testi storico-giuridici», i problemi e i metodi della cosiddetta «höhere Kritik».



le ed economica; come storia delle forme di pensiero e delle valutazioni giuridiche, alla storia delle idee e delle ideologie; come storia della giurisprudenza e della letteratura specialistica è, infine, una storia della scienza (pp. 3, 18-19, 27-28, 45). Può muoversi, secondo i casi, nei modi propri di una scienza idiografica o in quelli di una scienza nomologica, o, come «Dogmengeschichte», dare spazio a una esegesi che è un vero e proprio «processo ermeneutico» (pp. 30-36).

L'«autocoscienza» (Selbstverständnis) della romanistica è messa alla prova dal suo mutato statuto scientifico. Diviene problematico l'antico rapporto con la tradizione giuridica europea (pp. 58-59, 343). In che senso? Wieacker lascia che il lettore lo desuma da sé. Non credo di andare oltre il suo pensiero o di forzarlo, se osservo che quel rapporto non si lascia più esprimere nei semplici termini di una continuità lineare. «Come l'ermeneutica storico-giuridica ha bisogno di una precomprensione (Vorverständnis) specificamente giuridica», scrive ancora Wieacker, «così l'esperienza storico-giuridica amplia, da parte sua, l'attuale comprensione del diritto...» (p. 59). Queste parole meritano consenso. Bisogna dire però, con molta chiarezza, che una scienza giuridica consapevole della sua storia non è necessariamente una scienza giuridica storicistica.

Penso anch'io, come Wieacker e come Guarino⁴, e con molti altri, che il luogo naturale dell'insegnamento romanistico siano le Facoltà di giurisprudenza. È bene dirlo, a scanso di equivoci. Ma il rischio non è in un discorso teorico e metodologico aperto, in cui ogni disciplina storiografica si confronti con le altre al livello più alto, senza rinunciare pregiudizialmente al proprio punto di vista, ma anzi rafforzandolo. Il rischio è nell'anacronismo dei presunti custodi, pronti a denunciare tentazioni «autolesionistiche» in un lavoro scientifico e didattico per loro incomprensibile; e, sul versante opposto, nell'arroganza di «piccoli giovanotti indiscreti, che se la fanno coi Romani come se questi ultimi fossero loro pari» (per servirci, ma in un altro senso, delle parole di Nietzsche). Vi sono poi, almeno in Italia, quelli che si servono del diritto romano come disciplina universitaria per fare semplicemente altro.

II

1.- Roma ha conosciuto un'espansione senza precedenti, dall'angusta comunità originaria all'impero universale. In che misura ha conservato la sua identità? Una storia giuridica non può semplicemente assumere come suo punto di ascolto, avverte Wieacker, la «identità ininterrotta dell'autoco-

⁴ *Storia del diritto romano* (Napoli 1990⁸) 48.

scienza romana» e la forza unificante dell'ordinamento giuridico (p. 19). Essa è «storia della formazione del diritto», e vuole dare peso alle «forze pubbliche» che di volta in volta la determinano. La interessa meno la continuità interna del diritto privato, che il tradizionalismo romano è riuscito (in varia misura) a garantire (e sulla quale varrebbe forse la pena, secondo me, di riaprire una discussione critica). Questa prospettiva giustifica la selezione delle fonti e la periodizzazione. L'epoca sino al Principato viene distinta in due periodi fondamentali: quello arcaico, che giunge sino al 300 a.C.; quello del libero stato «classico», che si chiude col regime augusteo. Ma possono avere rilievo, al loro interno, ambiti cronologici più particolari, o diversi momenti di cesura (pp. 5-6, 19-23).

La fondazione «etrusca» della città, intorno alla data convenzionale del 575 a.C., ne è uno (pp. 206-7). Questa data, accolta da Wieacker, fu stabilita da Einar Gjerstad, ma è molto discussa. A dire il vero, la documentazione archeologica (i primi resti di una *Regia*; la sistemazione dell'area del Foro secondo il riesame di Giovanni Colonna, e quanto se ne ricava per il *Comitium* e la *curia Hostilia*) consente di innalzarla. Nella seconda metà del settimo secolo, Roma si rivela una *civitas* nel senso proprio della parola, e rientra sicuramente, come una qualunque *polis* ellenica, nel paradigma della città antica⁵.

La ricerca di Wieacker si spinge molto più indietro, rispetto alla fondazione della comunità cittadina, e tocca la media età del bronzo. Essa non vuole tradire però il suo intento, che è quello di cogliere «lo strato più antico della visione giuridica» (pp. 185-6, 195). Il problema delle origini di Roma si intreccia con la storia della prima Italia e dei popoli che la abitano. È questa, come Wieacker sa benissimo, una storia molto difficile da narrare. Bisogna fare i conti, giorno per giorno, con nuove scoperte e nuovi studi, in un orizzonte mutevole. Acquista particolare risalto, nelle pagine di Wieacker, la colonizzazione greca nell'Italia meridionale e nella Sicilia. È comprensibile, se si situa giustamente in Grecia «la massima forza spirituale che ha raggiunto Roma dall'esterno» (p. 192). Ma, come dicevo, Wieacker non si ferma qui. Egli ricorda che «influssi minoici e micenei» (io direi, senz'altro, micenei) si producono nell'Italia meridionale e nella Sicilia nella seconda metà del secondo millennio (pp. 191-2). Bisognerebbe aggiungere che frammenti micenei, sia pure sporadici, sono stati ritrovati anche nel Lazio, fuori o dentro il *Latium vetus*. È però assai dubbio, e probabilmente da esclu-

⁵ Cfr. C. AMPOLO, *La nascita della città*, in *Storia di Roma*, diretta da A. Momigliano e A. Schiavone, 1, *Roma in Italia* (Torino 1988) 155 ss., 159, 169, 172.

dere, che essi costituiscano la prova di un insediamento stabile. D'altra parte, il mito arcadico di una città evandrea sul Palatino si è formato tardi⁶.

L'origine precittadina o cittadina dei gruppi genetici, — le *gentes* e le curie, e le tribù più antiche, da cui derivarono il nome i reparti di cavalleria (*Titienses, Ramnes, Luceres*), — è un problema non ancora chiuso, ma tutt'altro che secondario per la «preistoria dell'ordinamento giuridico romano». Wieacker pensa, per le *gentes* e le curie, a un'origine precittadina, mentre rimane dubbioso quanto alle tribù (pp. 195-203). Su quest'ultimo punto, io sarei più deciso nel senso di una divisione funzionale interna alla città-stato. Comunque sia, non si può sorvolare sul confronto con le *phylai* greche, in cui Max Weber individuava una caratteristica della *polis*⁷. Qual era la costituzione di Roma nell'ultima età monarchica e agli inizi della Repubblica? Anche qui Wieacker non calca la mano (pp. 203-36). La discussione sull'origine e lo sviluppo delle tribù locali, sull'ordinamento centuriato (che, così com'è descritto da Cicerone, Livio e Dionigi d'Alicarnasso non può risalire a Servio Tullio⁸), e sul rapporto fra questi due sistemi, si è estesa e arricchita negli ultimi tempi, ma i suoi nuclei certi rimangono pochi. Soprattutto il problema dell'ordinamento centuriato condiziona l'idea che ci facciamo della città arcaica. Wieacker distingue una fase iniziale, costituita dalla sola *classis* (le ottanta centurie che poi formarono la prima classe del comizio), e la situa nel quinto secolo, prima delle XII Tavole (pp. 226-7). È un'opinione che incontra più di un ostacolo, sia quanto alla cronologia, sia quanto al modo di intendere la *classis*. È impossibile avventurarsi ora su un simile terreno. Da parte mia, e non sono il solo, considero ancora valida la posizione di Plinio Fraccaro, e troppo eversiva quella di Andreas Alföldi. Roma, sotto gli ultimi re, era una «grande città», dove le strutture politiche e militari, e quelle urbane, si tenevano insieme, e con una cultura aperta verso l'Etruria e il mondo greco. La depressione seguì alla caduta della monarchia; vi fu poi una ripresa che si concluse intorno al 400 a.C., con la vittoria su Veio⁹.

La storia della più antica magistratura repubblicana non è meno diffici-

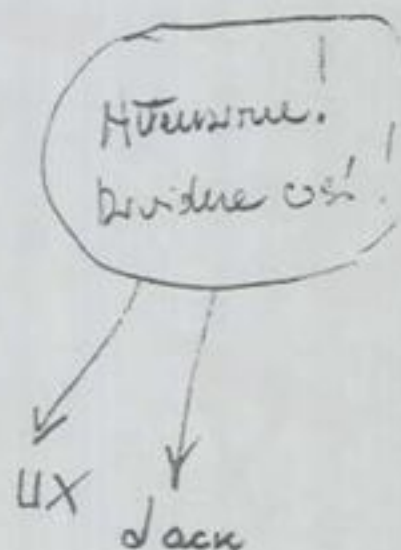
⁶ D. MUSTI, *I Greci e l'Italia*, in *Storia di Roma* 1, 40-43, 48.

⁷ L'intuizione weberiana trova conferma nel lavoro di D. ROUSSEL, *Tribu et cité* (Paris 1976) 5, 17 ss., 311, che M.I. FINLEY, *Ancient History. Evidence and Models* (London 1985) 91 = *Problemi e metodi di storia antica* (Roma - Bari 1987) 142, giudica definitivo. Ne è meno sicuro, mi sembra, D. MUSTI, *Storia greca* (Roma-Bari 1990²) 92-97.

⁸ Cic. *De re publ.* 2.22.39; Liv. 1.43; Dionys. 4.16-18.

⁹ P. FRACCARO, *La storia romana arcaica* (1952), *Opuscula* 1 (Pavia 1956) 10.

le da scrivere della storia dell'ordinamento centuriato. Wieacker non lo dimentica. Quello che egli esclude senza incertezze è una sua semplice derivazione dalla regalità, secondo la prospettiva sistematica propria all'ideale scientifico mommseniano (pp. 45, 223-4, 345). In termini complessivi, il sistema di governo della Repubblica arcaica appare a Wieacker un «sistema in prevalenza signorile (*herrschaftlich*)»: secondo una forma tipicamente nobiliare, la nomina del titolare del potere si presenta divisa «fra la proposta di un predecessore nella carica, o comunque di un eguale nella cerchia dei *patres*, l'approvazione attraverso i segni divini e la *coniuratio* della più antica comunità in armi». Questi tratti permangono anche più tardi, e «la stessa repubblica evoluta rimane, dal punto di vista sociale e politico, un consorzio di *gentes*» (p. 225). L'origine del patriziato e della plebe, e il loro dualismo, non si spiegano con un «modello monocausale»; né si deve credere che la linea di demarcazione fra i *patres* e i plebei (almeno nella loro parte egemone) sia un «dato del tempo dei re»; essa prende corpo nella più antica Repubblica, e «niente garantisce che, prima dell'inizio del contrasto fra gli ordini, l'ambito delle genti patrizie fosse già definito o addirittura chiuso» (p. 230, 232). Si può essere o no d'accordo. In ogni caso, le pagine di Wieacker confermano un indirizzo metodologico che lega la storia delle istituzioni con quella sociale e politica.



2.- Il sistema costituzionale romano attraversa, fra il quarto e il secondo secolo, la sua «epoca classica». Lo stato cetuale patrizio si trasforma nello «stato dei cittadini». Una «oligarchia democratizzata solo formalmente» ne è il segno caratteristico. Così Roma si distingue dalle altre comunità mediterranee, seguendo una via mediana «fra l'irrigidirsi dei vecchi rapporti di potere e un compiuto dominio popolare». Con la sua espansione in Italia e l'ingresso nel mondo ellenistico, il quadro economico cambia: l'impiego del lavoro schiavile su larga scala nello sfruttamento della terra, il commercio su grandi distanze, le nuove forme imprenditoriali e la circolazione monetaria ne sono gli aspetti più significativi (pp. 343-4, 347-8). Cambia anche il diritto. L'antica «tipica delle forme negoziali» viene abbandonata; emerge il diritto pretorio e si fa strada l'idea di un *ius gentium* come l'«entità concettuale» (*Inbegriff*) in cui si raccolgono «i principii comuni ai popoli della ecumene mediterranea» (p. 351).

Il mutamento investe la costituzione, — ossia quel «patrimonio tramandato di istituti e di regole formalizzate di comportamento» che è la costituzione romana. Al di sotto di essa si svolge la dinamica dei gruppi egemoni.

il cui carattere agonale è indiscutibile. Sulle strutture politiche, e sui ceti, gli strati e le classi, Wieacker si sofferma a lungo. Ricevono un minuzioso esame la *nobilitas* e l'ordine senatorio, l'ordine equestre, i liberti e gli schiavi, gli alleati e i sudditi (pp. 353-73, 529). L'indagine investe non solo la forma del potere e il suo esercizio effettivo, ma anche la sua realtà psicologica, le ideologie e le teorie che lo interpretano e lo giustificano (pp. 373-87).

III

1.- Fra diritto ed economia c'è un rapporto intrinseco, anche se il primo non riflette semplicemente la seconda. Questo principio orienta, direi, la ricostruzione del «diritto civile» nella sua fase più antica e in quelle successive. Nel secolo sesto e quinto, d'altra parte, le condizioni sociali ed economiche non erano «né arcaiche né indifferenziate» (p. 237). Non si deve trascurare poi la «protostoria del danaro», dalle sue forme naturali a un vero e proprio sistema monetario (pp. 238-40). Il traffico economico e il credito, in qualche modo, ne dipendono. Ma come si configura il diritto?

L'analisi si concentra principalmente sul processo civile. È necessario considerarlo però all'interno di quelle solidarietà personali che sono caratteristiche della società romana (pp. 260-1). Wieacker dà molto peso, da un lato, agli aspetti formalistici dei negozi e delle azioni, dall'altro alla presenza (diretta o indiretta) del potere pubblico, a cui è affidata «la tutela della pace giuridica». Si può risalire più indietro delle XII Tavole, sino alla media età regia (p. 241). *Vis* e *ius* in realtà non si confondono mai (p. 252). L'agire «arbitrario» del singolo, anche il suo agire più antico, non deve essere inteso (o frainteso) come il manifestarsi di una «autotutela agiuridica» (*rechtlös*) o pregiuridica, che solo più tardi la giurisdizione di una comunità cittadina unitaria trasferirebbe in un ordinamento pacificato. Certo, il diritto nella sua configurazione iniziale non si presenta come un insieme obiettivo di norme generalmente vincolanti: esso è, però, una rete di rapporti interpersonali di potere, riconosciuti come «legittimi», ed è nello stesso tempo la «condizione di 'permissività' (*Erlaubtheit*)» per atti privati di apprensione (su persone e su cose) e per interventi magistratuali (pp. 243, 251, 253, 268-71, 275). Wieacker sconsiglia l'impiego di termini come «vendetta», «ritorsione» (*Vergeltung*), «Faustrecht», e persino «forza» (*Gewalt*); meglio parlare, con una formula più cauta, di «attuazione stragiudiziale del diritto» (p. 252).

Si avverte nel *ius* l'eco di motivi magici? La risposta non nasconde un certo scetticismo, ed è tendenzialmente negativa. Altra cosa è invece il lega-

me con la religione istituzionalizzata della città e con l'esigenza della *pax deum* (pp. 272-4). Comunque sia, bisogna attendere le XII Tavole perché il *ius civile* acquisti il valore di un generale ordinamento normativo (p. 277). Le XII Tavole. Il racconto della loro vicenda, nel suo scheletro almeno, merita fiducia. Esse presentano, malgrado la loro «monumentalità», un «volto culturalmente disarmonico», dove una «intelligenza politica lungimirante» coesiste con residui addirittura barbarici, e i tratti innovativi prevalgono (afferma Wieacker) su quelli tradizionalistici. Ne furono, forse, redattori i pontefici. Ma essi non si mossero tanto nel solco della loro propria tradizione sacerdotale, quanto operarono secondo le direttive dei decemviri, «sotto l'immediato influsso dei modelli greci». La spinta veniva infatti dalla Grecia, o almeno dalle città della Magna Grecia. Con le XII Tavole si compie finalmente «il passaggio da una sapienza giuridica (*Weistum*) paradigmatica a una regola legislativa generale» (pp. 289, 293, 295-9). Altra questione è in che misura il *ius civile* sia applicabile, attraverso i mezzi tecnici idonei, ai Latini e agli stranieri non latini (*hostes*). Wieacker si muove in un senso oggi largamente accolto. Roma, fra la monarchia etrusca e la Repubblica ai suoi inizi, non appare chiusa in se stessa. Il primo trattato con Cartagine, del quale si rivendica a ragione l'autenticità, ne è una prova (pp. 264-7).

Come si vede, raccolgo in poche righe (senza, mi auguro, tradirla) un'esposizione che non tralascia nulla, particolareggiata e attenta alle sfumature concettuali e lessicali. È vero. La «forza rappresentativa dello storico del diritto» è messa a dura prova (p. 277). Nella sostanza, condivido il discorso di Wieacker. Faccio solo alcune osservazioni. 1) Il principale punto di riferimento polemico è, ovviamente, Jhering. Questo si comprende bene. Però il binomio «giuridico» - «pregiuridico» come schema esplicativo non è rimasto ancorato al naturalismo jheringhiano. Ha ricevuto anche impieghi più sottili nella ricerca storica e antropologica contemporanea. 2) I nessi fra il diritto e il mondo magico-religioso sono discutibili. Perché non spostarsi su un piano storico-comparativo, allargando lo sguardo sull'intera area mediterranea? 3) L'analisi delle *legis actiones*, se vedo bene, contiene solo un accenno al problema del nome (p. 437). Ma la tesi che lo spiega con l'origine decemvirale (o comunque legislativa) delle singole procedure arcaiche è stata sottoposta a un'approfondita revisione critica. 4) Credo anch'io che, per quanto riguarda le forme dell'autotutela, non si possa desumere molto dalla *pignoris capio*¹⁰. Ma forse Wieacker riduce troppo il suo valore di te-

¹⁰ Su Gai 4.27-29 e 4.31 (mutilo) si sofferma B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* (Palermo 1987) pp. 52-56, che richiama fra l'altro Fest. 166, 29-31 L.

Attenzione!

ALBANESE

9x3
1c

Pignoris capio
in Tenebris, non
in lumine!

simonianza (pp. 248 nt. 56, 255 nt. 88). 5) Il «diritto penale» rivela, più di quanto Wieacker non sia disposto ad ammettere (pp. 244-7, 254, 272, 296-7), i tratti primitivi e «arcaici» della società romana fra il dominio dei re e i primi sessant'anni della nuova costituzione politica.

2.- La *lex publica*, come «comando generale», concorre alla formazione del *ius civile*, e ne costituisce il fondamento ultimo. Questo avviene in un periodo successivo alle XII Tavole. Nel concetto di *lex*, d'altra parte, la «generalità» non entra come un requisito necessario. Anche la funzione deliberativa del corpo civico è una conquista recente. Prima dell'età dei decemviri (per intenderci), la *lex* non si disegna ancora come un «comando» del popolo, ma piuttosto come una «statuizione giuridica» del solo magistrato (pp. 277-82).

Quale relazione intercorre fra il *ius* e la *lex*? Wieacker ritorna sul problema, se e in che misura il primo sia derogabile (o modificabile) da parte della seconda (pp. 282-7, 389, 424 nt. 69, 489 nt. 11, 490-1). Si tratta, come tutti sanno, di un problema arduo. Come già altre volte, Wieacker si orienta nel senso della inderogabilità (almeno relativa) del *ius*, e la spiega con la «differenza genetica e strutturale» che lo oppone alla *lex*, o, per dirla altrimenti, con la sua «incompatibilità originaria» rispetto a quest'ultima. Questa incompatibilità scomparve a poco a poco. Quando la *lex* e il *ius* furono intesi entrambi come «regole generali», il loro «modo di valere» finì col coincidere. Nella tarda Repubblica è un fatto compiuto. Inutile dire che l'analisi è molto attraente. Mentre, però, l'impostazione convince, l'argomentazione non si sottrae a ogni dubbio (penso, in particolare, a quanto Wieacker scrive sulle clausole che limitano l'efficacia della legge).

In una «teoria delle fonti», — nei limiti in cui possiamo parlarne, — la legge conserva il suo tradizionale ruolo primario. Anche l'opinione pubblica glielo riconosce, attenta com'è soprattutto a quanto accade nell'ambito del diritto penale e del processo, e nell'ambito politico-costituzionale. Rimane estranea però l'idea moderna di un «ordinamento giuridico che nasce da una *volonté générale*», così come quella di una divisione dei poteri (pp. 280-1, 388-9, 411-3, 426, 430, 453, 461). Il diritto si presenta stratificato, eppure unitario. La mancanza di una salda gerarchia fra gli strati che lo costituiscono non determina un'anarchia normativa. Bisogna interrogarsi sulla natura di ciascuno (sul *ius honorarium*, per esempio, o sul diritto giurisprudenziale), mentre tutto induce a negare, almeno per la Repubblica, l'esistenza di un diritto consuetudinario (nel senso stretto del termine) e di un diritto giudiziario (pp. 488-9, 491-2).

Dicevamo che la legge ha un posto eminente, sia nelle formulazioni teoriche che nella coscienza comune. Ma sul diritto privato, il suo peso è minore che altrove. Il diritto privato è, in definitiva, «la creazione esemplare di una grande giurisprudenza» (pp. 388, 414, 420).

Sulla legislazione, in ogni sua forma, Wieacker si sofferma con cura minuziosa. Ne riesamina gli organi e le procedure, i contenuti, le motivazioni politiche, la tecnica e lo stile. Mette in luce il suo procedere «giorno per giorno», senza una pianificazione e un obiettivo a lungo termine. Impossibile seguire il discorso nei dettagli. Ma per rendersi conto di come ogni questione, anche la più puntuale e dibattuta, sia riproposta, si considerino le pagine sulla riforma del comizio centuriato o sul «mosaico» dei singoli atti legislativi in materia privatistica (pp. 307, 393-5, 414 ss., 420-1, 425).

3.- Il diritto, dunque, non era a Roma un sistema legislativo. Nella sua struttura composita, un nuovo strato si viene insinuando, dal secondo secolo in poi, attraverso la giurisdizione pretoria. La *iuris dictio*: qual è il suo rapporto con l'*imperium*? Wieacker offre una brillante sintesi di questo tema ormai classico (pp. 429-30). Ma ora ci interessa l'insieme normativo a cui la *iuris dictio* dà luogo. Un momento importante è la istituzione del pretore peregrino; al quale si riconosce, fin dall'inizio, una competenza anche per le controversie fra stranieri e cittadini, e non solo fra stranieri (pp. 438-9). È molto difficile negare che questo magistrato emanasse un suo proprio editto. Si può discutere invece del suo contenuto. Non sappiamo se l'editto del pretore peregrino avesse una sua piena autonomia rispetto a quello del pretore urbano, o accogliesse solo le clausole e le formule non applicabili ai cittadini. Wieacker si orienta timidamente nel primo senso (pp. 439 nt. 5, 467 e nt. 5), ma l'alternativa rischia di rimanere aperta a lungo.

Nell'attività giurisdizionale del pretore peregrino si rinvengono «gli inizi di una emancipazione dall'antico diritto civile». Il pretore peregrino non applica però un «diritto nazionale straniero». Ciò che (per così dire) lo vincola, sono i trattati internazionali, gli usi e (aggiunge Wieacker) una «razionale tolleranza» (pp. 439, 441). La sua giurisdizione si ripercuote su quella del pretore urbano. Il diritto magistratuale «amplia il diritto di una società prevalentemente agricola, in cui domina la proprietà terriera, nel diritto di una società del traffico, fondata sulla divisione del lavoro». La sua dinamica sorpassa il tradizionalismo del «diritto civile» più antico e la lentezza della legislazione. Sull'etica ritualistica arcaica si affermano i nuovi valori di un'etica materiale (pp. 474-7).

Gli istituti che ora si formano, e le procedure, ricevono un approfondito esame. Così un intero paragrafo viene dedicato al processo formulare e un altro al *ius honorarium* (pp. 447-61, 470-8). Per ogni problema vi è almeno un cenno. Si discute dell'origine dei contratti consensuali e del significato da attribuire alla locuzione *ius gentium* (pp. 441 ss., 444-5, 494); si riafferma la tesi, per me sempre dubbia, dell'origine pretoria dei *bonae fidei iudicia* (pp. 442-3, 451 nt. 29, 453-4, 457-8, 463, 506). In una sola nota può raccogliersi, come in una monografia, una questione importante. È il caso del capitolo XX della *lex (Rubria?) de Gallia Cisalpina* sulla *cautio damni infecti*, con il suo discusso rinvio all'editto del pretore peregrino¹¹ (p. 442 nt. 15). Wieacker ritorna sull'*oportere ex fide bona* nell'*actio ex stipulatu* fittizia, avvicinandolo alla (probabile) clausola per il dolo nella *cautio damni infecti* suggerita dall'editto del pretore urbano (LENEL, *Edictum*³, 551-2): un confronto acutissimo, quantunque a mio avviso, non risolutivo¹².

4. - L'editto pretorio fu definito, con un «facile ossimoro», una *lex annua*¹³. Esso però non era una «norma», bensì il «programma di una giurisdizione»; ad una norma, l'editto si avvicina stabilizzandosi (pp. 465, 470, 490). Confesso che questo modo di rappresentarsi il fenomeno non mi è molto chiaro. In realtà l'editto ha, in ogni suo momento, un valore normativo, perché una norma può essere anche temporanea (come insegnano Bentham e Kelsen). Il problema (se mai) è quello del suo oggetto, dei suoi destinatari e del grado della sua efficacia (prima e dopo la *lex Cornelia* del 67 a.C.). Altra cosa, naturalmente, è l'eventuale presenza, nel testo editto, di proposizioni che hanno, rispetto alle norme nel senso più proprio del termine, un carattere programmatico e un contenuto politico-giuridico¹⁴. Quanto alla progressiva stabilizzazione, essa sposta il discorso ancora su un altro piano.

¹¹ CIL I 205 = I 2², 592 = XI 1, 1146 = FIRA I² 19 pp. 171-3.

¹² Wieacker lo aveva già proposto in ZSS. 80 (1963) 17-19; in una direzione solo a prima vista analoga, B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozeß*, in *De iustitia et iure. Festgabe Lübtow* (Berlín 1980) 365-8. Un precedente in B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei* 1 (Palermo 1920) 256-7, contro cui A. MAGDELAIN, *Les actions civiles* (Paris 1954) 53. Preferisce non prendere posizione F. STURM, *Oportere*, in ZSS. 82 (1965) 225.

¹³ Cic. in Verr. II 1. 42.109.

¹⁴ La distinzione è impiegata da W. SELB, *Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm*, in *Iuris professio. Festgabe Kaser* (Köln-Graz 1986) 259-72.

Qual è lo stile del linguaggio pretorio? Non vi ritroviamo la «pedanteria» delle leggi popolari più recenti, ma piuttosto l'«autorità e la gravità laconica della carica magistratuale» (p. 467). Sulla sistematica dell'editto pregiuliano si addensano le nebbie. Essa è ancora rintracciabile nei commentari tardo-classici (pp. 306, 461, 466-7). Ma in quale misura? Il rinvio all'ordine delle XII Tavole (probabilmente, nella redazione eliana) resta somamente congetturale.

Non comprendo bene il peso che Wieacker attribuisce alle ricerche di Mario Lauria sull'*ordo iuris*. In realtà, egli non ne accetta analiticamente i risultati. Da parte mia, li considero molto discutibili, ma non escludo che potrà ricredermi. Intanto, faccio alcuni esempi, traendoli da *Ius Romanum* I 1 (Napoli 1963) 35-36, 40, 49.1) Non ha nessuna base il confronto tra XII Tab. 1, D. 50.16 233. 2, L. Gaius 425 (sul termine *telum*), e Ed.³ I § 2 e § 6, V § 11. 2) Non vedo come, riguardo alla seconda delle XII Tavole, si possa stabilire un rapporto fra D. 47.7.2, L. Gaius 426, e Ed.³ VI § 16. Il *caedere arbores* o *vites* di Gaio si giustificerebbe con la presenza dei *damnati furti* o *vi bonorum raptorum* nell'elenco di coloro ai quali è proibito *postulare nisi pro certis personis*. A me sembra francamente assurdo. 3) Quanto al confronto tra XII Tab. 4. 2b, D. 2.14.48, L. Gaius 430, e Ed.³ XV § 73, è azzardato individuare la ragione dell'esiguo discorso gaiano nella rubrica editale «*si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*».

L'amministrazione della giustizia nei municipi e nelle colonie, e nelle province, amplia il campo della ricerca. Non nasce dalla prima, osserva Wieacker, un diritto magistratuale «regionale» (p. 482). La seconda, come si sa, presenta varie forme. Wieacker inclina ad escludere l'esistenza di editti provinciali completi in ogni loro parte, sul modello di quello romano-cittadino, e ancor più l'esistenza di un editto provinciale unitario, come forse sarà nell'Impero. I singoli editti poi si differenziavano presumibilmente fra loro. In queste condizioni, non poteva svilupparsi nelle province né un «generale editto magistratuale», né uno specifico diritto magistratuale «cilicio» o «siriano» o «siciliano» e così via (pp. 483-6). Un altro problema è quello dei limiti territoriali e personali, in cui il diritto privato romano poteva essere applicato. Per quanto riguarda l'Italia, la concessione della cittadinanza in seguito alla guerra marsica segna una tappa significativa. La «romanizzazione dell'ordinamento giuridico della popolazione non italica», cominciata sul finire della Repubblica, attraversa invece tutta la storia dell'Impero (pp. 512-18).

Attenzione!
Segue la
Tercia parte
dei capitoli
precedenti!
Qui si sempre
più grande!

Attenzione!
Cancellare il
primo!! 1)
e il resto di
un elenco!!

IV

1. - Il tradizionalismo è una caratteristica della società romana. Lo «stato dei padri» occupa nella coscienza collettiva, come nel pensiero filosofico-politico della tarda Repubblica, un posto centrale, e così il *mos maiorum*. È noto, d'altra parte, il rilievo che si riconosce agli *exempla* (un tema gelzeriano). La vita pubblica è regolata da «virtù» e valori condivisi; l'accordo su di essi frena o bilancia le tensioni e i conflitti nel ceto nobiliare, sino alla crisi dello stato repubblicano e alla sua fine. Anche il diritto e l'amministrazione della giustizia ne dipendono. «Il *ius* è solo uno fra i diversi sistemi dell'agire sociale, che si sostengono l'un l'altro» (pp. 353-4, 374, 384, 420, 502-4). Questa dipendenza reciproca non esclude, ma implica l'isolamento relativo delle «parti». Wieacker insiste sulla «Isolierung» del *ius* come «Teilsystem». Essa ha origine nelle rappresentazioni giuridiche dell'età arcaica e nel sapere specialistico dei pontefici: i primi giuristi che noi incontriamo nell'Occidente antico.

L'insistenza sulla «Isolierung» è giustificata. Io vi intravedo un filo che risale a Weber (oltre che a Jhering), anche se il nome del grande sociologo non compare. Fritz Schulz non lo chiamerei in causa. Alla «Isolierung», com'è noto, Schulz dedicò un capitolo dei *Prinzipien*, ma la strada percorsa da Wieacker è un'altra. Il discorso di Schulz è, su questo punto, generico. Egli ricomprende nel termine non solo ogni operazione tecnica che distingue il diritto dagli altri fenomeni sociali, ma anche ogni delimitazione di una zona o di un settore all'interno del diritto. Le osservazioni di Wieacker ci indurrebbero, invece, a riaprire ancora una volta il dialogo con il «durkheimiano» Gernet. Il diritto, notava Gernet negli anni cinquanta, è una «funzione autonoma», sociale e psicologica: «lo spirito prende le distanze»; ma per comprenderla, egli aggiungeva, bisogna considerare l'intero quadro della società antica¹⁵.

¹⁵ Su Louis Gernet sono tornato più volte, in *Società romana e produzione schiavistica*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, 3 (Roma-Bari 1981) pp. 264-6; *Sociologia del diritto* 9 (1982) 200-3 (= *Alle origini della sociologia del diritto*, a cura di R. Treves, Milano 1983, 200-3); *Studi storici* 25 (1984) 65-74; *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, a cura di P. Grossi (Milano 1986) 166-7. Il tema dell'autonomia viene ripreso, per quel che riguarda l'esperienza giuridica medievale e moderna, da J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive* (Hannover 1988) 8 ss., 14-35. L'obiettivo polemico è, anzitutto, la teoria sociologica di Niklas Luhmann. Ma le critiche di Rückert non colgono sempre il bersaglio, e sembrano talvolta dovute a vera e propria incomprensione, come dimostra U. FALK, *Der faule Kern im System*, in *RJ* 8 (1989) 144-54; mentre pare anche a me giustificato il rimprovero di «individualismo metodologico» che gli rivolge K. GÜNTHER, *Das Feuer unter der trügerischen Asche*, in *RJ* 8 (1989) 134.

HX

Come dicevamo, l'autonomia del diritto è per la giurisprudenza pontificale un dato sicuro. Proprio l'arte interpretativa dei pontefici, — i quali, più che formare una casta, sono dei «funzionari pubblici», — ha segnato duramente «i compiti, l'universo mentale e la tecnica della giurisprudenza laica successiva» (pp. 218, 318). La loro attività nel campo del diritto, — un'attività che ha già raggiunto un alto grado di specializzazione, — si svolge in analogia con quella esercitata nel campo del sacro. Dopo Jhering e Jörs, il tema è stato ripreso varie volte, e con soluzioni differenti¹⁶. Non c'è bisogno di postulare, secondo Wieacker, nessuna «identità originaria» tra la sfera della vita religiosa e la sfera della vita giuridica. I riti giuridici sono, come i riti sacrali, «Wirkformen», e i secondi ci fanno comprendere il formalismo del *ius civile* più antico (pp. 320, 326, 330, 339-40). Fra gli uni e gli altri, credo si possa dire, c'è opposizione, ma anche continuità. Non è, quella dei pontefici, una tecnica primitiva. Anche il loro «culto della forma» (per dirla con Jhering¹⁷) si illumina soltanto quando viene messo in rapporto con una *ratio* intesa in senso realistico.

Le pagine che Wieacker dedica alla *emancipatio* (320-2) richiedono un'attenzione particolare. Quanto alla *familiae emptio*, io continuo a credere che la emendazione proposta da David e Nelson di Gai. 2.104 (*endo mandatela [tuam] custodelaque mea <esse aio, eaque>...*) sia opportuna e plausibile (il testo tramandato non è riprodotto correttamente a p. 338 nt. 143).

La giurisprudenza laica non nasce d'un colpo, in modo rivoluzionario. Il racconto tradizionale inclina, come nel caso di Gneo Flavio, all'anacronismo, e segue direzioni diverse. Wieacker si sofferma a lungo sulle persone singole e sui rapporti che si stabiliscono fra loro, movendosi con molta prudenza. I risultati raggiunti dalla ricerca, soprattutto in questi ultimi anni, subiscono un nuovo vaglio. È splendido il sintetico profilo di Appio Claudio il Cieco, che occupa solo dodici righe. Non meno di quella pontificale, la giurisprudenza laica è radicata nella società romana e nelle sue strutture politiche. Spesso è la *nobilitas* ad alimentarla, almeno sino agli inizi del primo secolo a.C., oppure ad accoglierne gli esponenti di maggiore spicco (pp. 522-3, 524-31, 534, 595-6). Poi le cose vengono cambiando.

¹⁶ Più ancora che quelle di JHERING, *Geist des römischen Rechts* 2.2 (Leipzig 1883⁴, 1898⁵) 390 ss., 398-9, le pagine di P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* 1 (Berlin 1888) 15 ss., 19, restano fondamentali.

¹⁷ *Geist* 2.2, 509.

La «professione» giuridica può essere una strada per accedere alle magistrature. Non bisogna però confondere i due piani. Il giureconsulto svolge una funzione pubblicamente rilevante, ma, in quanto tale, è un cittadino sfornito di *imperium* (Wieacker adopera il termine «*amlos*»). La sua *auctoritas* viene ancora una volta indagata a fondo, e così la sua etica. Come si distingue dallo statista, il giureconsulto si distingue dall'oratore. Non ha nessun cliente da difendere, e la sua attività, se non disinteressata, è certamente imparziale (pp. 375, 420, 529, 534, 551, 553, 556, 666, 668-9).

2.- Per lo storico del diritto, anche le astrazioni popolano la storia. I suoi compagni di lavoro, direi, non sempre se ne rendono conto. È un loro limite. Essi pensano che le astrazioni, proprio perché tali, vadano lasciate da parte, o (per così dire) smascherate, e in questo modo non ne afferrano né il senso né la funzione pratica. Io spero che questa incomprendenza non duri ancora a lungo. Certo, come qualunque altro storico, lo storico del diritto incontra uomini in carne ed ossa sul suo cammino. I giuristi romani lo erano non meno dei loro contemporanei non giuristi, alle prese con gli affari dello stato o con le minute difficoltà di ogni giorno. Essi ci interessano anche come individui. Ecco cosa leggiamo nella *Römische Rechtsgeschichte* di Wieacker. «Fra gli orrori della guerra civile, e ancora sul finire della dinastia giulio-claudia, si sente parlare poco, per i giuristi, di interesse personale, brama di potere o servilismo. Al contrario, ascoltiamo dell'opposizione di Scipione Nasica *Corculum* all'annientamento di Cartagine, della integerrima amministrazione provinciale di un Rutilio Rufo, della inflessibilità del vecchio augure Quinto Mucio o del sacrificio di Quinto Mucio il pontefice nel tentativo di mediare tra le fazioni in lotta; e, ancora nel primo Principato, della dirittura morale di Cascellio e della disperazione del maggiore fra i Nerva...» (p. 553).

Raramente ci viene offerta, dalla letteratura romanistica, una rappresentazione così vivida. È vero, si potrebbe obiettare che emergono anche fra gli esperti di diritto atteggiamenti contrastanti, non sempre ispirati alla moderazione o a un superiore criterio di giustizia. Scipione Nasica *Corculum* ebbe, come suo avversario, Catone Censorio, che era un giurista anche lui. La severità di P. Licinio Crasso Muciano, nella campagna d'Asia, restò proverbiale. ^Tell'insieme, però, Wieacker traccia un quadro realistico. Rimango invece perplesso di fronte a un'altra osservazione. «Le debolezze dei giuristi», egli scrive, «sembrano limitarsi a quanto è professionalmente tipico, anche in un ceto moralmente integro: indecisione politica, o mancanza

T N

di giudizio (*Urteilslosigkeit*), oppure una ostinata fedeltà alle ragioni 'formali' del diritto» (pp. 553-4). Non capisco in che senso un'ostinata fedeltà alle ragioni formali del diritto sia sempre una debolezza. L'esperienza moderna dimostra il contrario. Il positivismo giuridico (impiego l'espressione in modo generico) è stato spesso un'arma contro l'ingiustizia, mentre il suo abbandono ha significato una resa incondizionata alle circostanze politiche. Non è lo stesso Wieacker, altrove, a ricordarlo? Quel che è sicuro, la difesa della legalità può divenire un compito estremamente pericoloso, e acquistare rilevanza tragica. Wieacker mi permetterà di ricordare una pagina di Carl Schmitt. «Che ne è dello studioso del diritto, quando ogni detentore del potere si trasforma in un prepotente spietato? ...Come può in particolare un uomo, per il quale il sapere giuridico è divenuto parte della sua esistenza, sopportare il mero fatto, anzi, la mera possibilità di una totale privazione dei diritti, chiunque essa colpisca nel singolo caso? E se colpisce lui stesso, allora alla situazione del giurista spossessato dei suoi diritti, dell'uomo di legge dichiarato fuori legge, del legista posto *hors-la-loi* si aggiunge qualcosa di particolarmente amaro, che si somma a tutte le altre sofferenze fisiche e psichiche: l'aculeo del sapere, che di continuo rinfocola il bruciore della ferita»¹⁸.

3.- Il responso occupa il centro dell'attività giurisprudenziale. Bisogna guardarlo però in un ambito più vasto. Esso è un modo di manifestarsi del consiglio come «Grundform» della vita pratica romano-antica. Il consiglio, d'altra parte, non è solo un «suggerimento» o un «parere» (*Rat*), ma è anche un «sostegno pubblico» (*öffentliche Hilfestellung*). Wieacker non si lascia sfuggire questo secondo aspetto, che non è meno importante del primo, in una comunità dove i rapporti sociali e politici fra gli individui sono «a maglia stretta» (*engmaschig*), e «si afferma solo chi si assicura l'appoggio e la protezione di altri» (p. 555).

Non vi è, nella pratica del responso, nulla (o quasi nulla) di irrazionale o di semplicemente intuitivo. La tecnica giuridica ne è influenzata. L'analisi del caso viene in primo piano. Essa si sviluppa confrontando un caso con un altro, individuando affinità e differenze. Emergono così nuovi punti di vista, e la riflessione investe i problemi giuridici come tali e le loro *rationes decidendi* (pp. 518, 565, 576). Tutto questo è ormai acquisito alla ricerca

¹⁸ C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47* (Köln 1950) = *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-47* (Milano 1987) 61-63.

storiografica ed ha un'estesa letteratura. Ma soffermiamoci su un punto. Wieacker si serve di un dato biografico per illuminare una vicenda che va oltre la biografia. Cercina, a nord della piccola Sirte, era «molto lontana dal Foro». «È ugualmente certo che non vi era nessun *auditorium* per lezioni pubbliche». Servio, che studiò a Cercina con Aquilio Gallo, fu «istruito» (*instructus*) da lui in senso pratico (o teorico-pratico), «quantunque non necessariamente in contatto con una prassi a portata di mano» (pp. 565, 616). Da queste poche righe si impara molto¹⁹, ed è difficile per me dire con quanta soddisfazione io le abbia lette.

L'educazione giuridica fra il secondo e il primo secolo si trasforma. Sono importanti le pagine che descrivono la «Bildung» greca e il suo influsso sulla metodologia della giurisprudenza romana. È un problema molto difficile. Esso, nota Wieacker, non può veramente riguardare la giurisprudenza che precede la lunga crisi della Repubblica. Solo ora sono visibili le prime tracce di una «teoria greca» operante sul piano metodico e di un insegnamento giuridico-teoretico (pp. 352, 522, 530-1, 539, 566, 596, 617).

Agli inizi del secondo secolo a.C., Sesto Elio, l'autore dei *Tripertita*, è ancora un «uomo vecchio stile» (p. 536). Wieacker riprende, come si vede, le parole di Schulz²⁰. Sui *Tripertita*, egli si spinge però un poco più oltre. Quanto alla struttura dell'opera, l'idea leneliana, condivisa da Schulz, che ad ogni precetto delle XII Tavole seguisse l'*interpretatio* ed eventualmente la formula della legis *actio*²¹, non convince Wieacker. Meglio supporre un'articolazione in tre blocchi distinti (p. 537 e nt. 39). L'ipotesi è anche per me, nonostante tutto, la più convincente; ma bisogna ammettere che il problema rimane aperto. Fuori discussione è, insieme con l'orientamento pratico di Sesto Elio, la sua predilezione linguistico-antiquaria. Un moderato interesse per la cultura greca emerge, senza ombra di dubbio, dall'aneddotica. Ma Wieacker suppone, nei *Tripertita*, anche una tendenza verso l'etimologia (pp. 291 nt. 24, 536 e nt. 34, 655), che non appare in nessun modo documentata²². La sola cosa che si può dire, è che essa non ci me-

¹⁹ Bisogna confrontarle con P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft* 1, 237 nt. 2.

²⁰ *History of Roman Legal Science* (Oxford 1953²) 36 = *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar 1961) 42.

²¹ O. LENEL, in *Kritische Vierteljahresschrift* 32 (1890) 266; *Das Sabinussystem* (Strassburg 1892) 9-10 = *Gesammelte Schriften* 2 (Napoli 1990) 9-10; F. SCHULZ, *History*², 35 = *Geschichte*, 42.

²² L'equivoco nasce probabilmente dall'aver attribuito a Sesto Elio, anziché a L. Elio Stilone (p. 536 nt. 34), il legame fra *lessum* (*lessus*) e *lugubris eiulatio* in Cic. *De leg.* 2.23.59 = GRF I B 13.

ravvierebbe (ove mai ve la trovassimo), se è vero che l'inventiva etimologica ebbe modo di esercitarsi nell'*Epicharmus* del contemporaneo Ennio, e forse nell'*Euhemerus*²³.

La distanza che divide Q. Mucio Scevola il pontefice da Sesto Elio, è enorme. Eppure Quinto Mucio è ancora legato ai più antichi giuristi della Repubblica. Egli stesso, si può dire, fa parte di una «dinastia» giuridica familiare. Erede dei *veteres*, è nello stesso tempo (come il suo amico P. Rutilio Rufo) aperto all'insegnamento stoico, ed ha un'approfondita formazione retorica. La sua opera lascerà il segno nel pensiero successivo (pp. 476 nt. 23, 531, 545-51, 596, 617). Però il giudizio dei classici, secondo cui il *De iure civili* muciano introduce un'epoca nuova, non deve trarre in inganno. Wieacker è molto esplicito. Non si ebbe, a ben guardare, una «rivoluzione scientifica». Com'è risaputo, Quinto Mucio non applicava il metodo diairetico all'intera materia civilistica, ma solo in maniera puntuale (*inselhaft*). Per quanto possa sembrare un paradosso, solo «un'applicazione imperfetta della teoria era in grado di animare la casistica incrementandola». Una riduzione scolastico-sistematica del sapere giuridico avrebbe finito con l'irrigidirlo, ostacolando il compito pratico del giureconsulto e la sua profonda inclinazione verso la concreta *quaestio iuris* (pp. 598-9, 600, 630-1, 634-5, 639). Dovrei essere più analitico nella mia esposizione. Intanto traggo un corollario. Non è il rapporto fra il «sistema» e la «storia» degli istituti, nella prospettiva di Wieacker, ma piuttosto il rapporto fra la prassi e il sistema, ciò che caratterizza il *De iure civili*. Temo che Wieacker abbia ragione. E la riprova è nel fatto che anche figure giuridiche desuete sono logicamente riconducibili, e vengono ricondotte, a uno schema classificatorio, come dimostra (per quello che possiamo vedere o indovinare) la *societas* con i suoi *genera*²⁴.

Confesso che non mi convince, — come non ha convinto, nella sostanza, Wieacker (p. 597 e *Iura* 16, 1965, 272 ss. 278-9), — il metodo combinatorio con il

²³ *Varia* 4, 48-50 V². = CLXXXVIII Jocelyn = Varro, *De ling. Lat.* 5.10.64; *Varia* 7, 54-58 V². = 356-360 Jocelyn = Varro, *De ling. Lat.* 5.10.65; *Varia* 8, 59 = Varro, *De ling. Lat.* 5.10.68. I primi due frammenti derivano, in modo probabile, dall'*Epicharmus*. L'attribuzione del terzo è sicura, ma solo nella sostanza. È da ricondurre all'*Euhemerus*, senza che se ne riproducano le parole, *Varia* 5, 87-97 V². = 63 F 16,1 A, pp. 310, 23-33 Jacoby = Lact. *Div. inst.* 1.14.10-12.

²⁴ Pomp. D.44.7.57, L. 316; Gai. 3.154-154b, su cui F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* I (Weimar 1936) 96 ss., 108; ZSS. 69 (1952) 490-2, e il mio *Consortium e communio*, in *Labeo* 6 (1960) 205-7.

quale LAURIA, *Ius Romanum* I 1, 12 ss., 65-169, ha cercato di scoprire una sottile (ma improbabile) simmetria fra il «sistema» muciano e il «sistema» dell'editto (nella versione giuliana ricostruita da Lenel). Questo non esclude, ovviamente, eventuali nessi funzionali fra le proposizioni civilistiche del giurista repubblicano, a noi note in modo assai frammentario e sempre attraverso uno o più intermediari, e le massime pretorie.

Più difficile da determinare è il posto che, nella giurisprudenza degli ultimi due secoli della Repubblica, spetta a Manio Manilio, — uno dei «fondatori» del «diritto civile», insieme con P. Mucio Scevola e M. Giunio Bruto (pp. 541-3). Nell'opera di questo giureconsulto è riconoscibile secondo me, più di quanto a Wieacker non sembri, l'esercizio di un'arte dialettica.

Ne è una prova la sua definizione del *nexum* (Varro, *De ling. Lat.* 7.5.105 = L. 6): *omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia*. Wieacker la considera una di quelle «testimonianze lacunose» che, «come figure enigmatiche, possono essere lette in modi diversi» (p. 577 e nt. 26). Non ci sarebbe grande differenza tra la *definitio* maniliana e la *significatio* del *mundus* o della *penus* rispettivamente in Catone (figlio?) e in Sesto Elio²⁵ (pp. 580 e nt. 44, 630 nt. 65, 655 nt. 90). Ma così si sorvola sul fatto che il *nexum*, come Manilio lo definisce, comprende il *mancipium* e ogni altro negozio *per aes et libram*; ha dunque una portata logico-classificatoria introvabile in *penus* e *mundus*. Questa funzione del vocabolo è, d'altra parte, favorita dalla sua progressiva perdita di senso nel linguaggio comune: l'interpretazione può muoversi in maniera più libera, «bis zur scheinbaren Willkür vom Wortsinn» (p. 581).

4.- Negli ultimi due secoli della Repubblica si compie, in ogni modo, la trasformazione della giurisprudenza in un «organismo scientifico» (*wissenschaftlicher Erkenntniszusammenhang*) nel vero senso della parola (pp. 519-20, 572, 579-80). L'impiego di procedure definitorie e dialettiche ne è una via; ma hanno il loro peso gli studi grammaticali e linguistici e quelli retorici. Le persuasioni etiche e ontologiche non sono condannate al silenzio, ma agiscono senza clamore nel fondo (pp. 86, 504-11, 639-40, 647-75). Questo è un dato sicuro; è invece difficilissimo, quando non impossibile, ricondurre un testo giuridico a una scuola filosofica determinata, o a una determinata dottrina (all'interno degli indirizzi fondamentali). Ci si trova di fronte a un'«equazione con parecchie incognite» (pp. 621, 640-2). D'altra parte, bisogna bene intendersi sulla stessa arte della definizione. Da Quinto

²⁵ Per Catone, Fest. 144, 18-21 = 84, 11-85, 2 J. = L. 2 (io propenderei per il Censorio); per Sesto Elio, Gell. 4.1.20; D. 33.9.3.9 (dove *Caecilius* è in luogo di *Aelius*) = L. 2.

Mucio il pontefice ad Alfeno e Ofilio, non si nota un vero e proprio sviluppo, né le cose cambiano molto più tardi. Pregi e limiti restano più o meno invariati. La *definitio* tollera ora l'incompletezza ora la ridondanza. Per l'età repubblicana, non è un caso che «gli ὀρισμοί più corretti siano dovuti a Tuberone il giovane, un giurista dialetticamente educato, ma poco incisivo dal punto di vista pratico». In realtà, il legame appunto con la «Sachproblematik» della tradizione specialistica, non una scarsa educazione metodica, ostacolava il rigore definitorio (pp. 630-2, 634 e nt. 90).

Della generazione successiva a Quinto Mucio, Servio Sulpicio Rufo è la «figura dominante». Ora la vecchia tematica civilistica della proprietà, dell'eredità e degli *status* personali, lascia sempre più spazio a quella delle istituzioni marittime, bancarie e associative. Compaiono sulla scena giuridica imprenditori e «dirigenti di filiali» (*Filialeiter*), armatori e capitani di navi. Servio manifesta uno «spregiudicato realismo» nell'analisi dei nuovi rapporti, e il tratto modernistico del suo commento all'editto è fuori discussione (pp. 602-3, 617).

Su un punto il pensiero di Wieacker, se lo intendo bene, è un poco incerto. Egli sembrerebbe condividere, almeno per un momento (pp. 599, 628-9, 635), l'opinione diffusa, secondo cui Cicerone avrebbe visto in Servio l'esecutore del programma teorico enunciato nel *De oratore* (1.41.185 - 42.190). Ma la testimonianza del *Brutus* (41.152), come lo stesso Wieacker riconosce (p. 636), non ne è la prova. Nel *Brutus* non si allude, come nel *De oratore*, a una sistematica classificatoria in funzione didattico-isagogica; ma si considera piuttosto la dialettica come logica del discorso nel suo intero movimento: vi rientrano dunque le definizioni e le divisioni nella loro attitudine topico-argomentativa, le proposizioni semplici e complesse, la distinzione del vero e del falso o del congruente e del contraddittorio, la ricerca di ciò che è ambiguo o oscuro e la sillogistica²⁶. Il *ius civile in artem redactum* non preoccupava, dunque, Servio più di quanto preoccupasse Quinto Mucio. Bisogna attendere Gaio con le sue *Institutiones*, o il suo ignoto modello, perché l'ideale ciceroniano finalmente si compia²⁷ (pp. 636, 638).

²⁶ F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano ed il «ius civile in artem redigere»*, in *SDHI*, 46 (1980) 282-382; Cicerone e i «*Libri iuris civilis*» di Quinto Mucio Scevola, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, a cura di G.G. Archi (Milano 1985) 261-7, 271-7; *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana* (Padova 1987) 103 nt. 6, contribuisce ad eliminare più di un equivoco.

²⁷ Che cosa sia riuscito a fare Cicerone stesso, nel suo *De iure civili in artem redigendo*, non è possibile dirlo.

Intorno alla produzione (o all'eredità) letteraria di Servio, e al suo destino, non è semplice orientarsi. In che modo i discepoli la riordinarono? È un problema non nuovo. Wieacker prende in esame ancora una volta la testimonianza di Pomponio (D. 1.2.2.43-44), ci conduce con mano sapiente nel ginepraio delle ipotesi. Ma la sua conclusione è (a ragione) scettica: ai «disperati calcoli numerici» bisogna preferire l'*ars nesciendi* (p. 606 e nt. 74). Con Alfeno Varo, il «loquace narratore di casi giuridici», con Ofilio, Trebazio e Q. Elio Tuberone il giovane, arriviamo ormai alle soglie o già dentro l'epoca augustea (pp. 607-14).

5.- Il procedere logico dovuto alla teoria greca non determinò la scomparsa di un modo più immediato (o puntuale) di isolare il fenomeno giuridico. Lo vediamo perfino in un maestro come Q. Mucio Scevola. L'editto pretorio, d'altronde, ci fornisce più di una prova in questo senso. Vi opera, non di rado, una «induzione pragmatica» o un «giudizio di somiglianza», o un metodo associativo. Comunque sia, è riconoscibile il segno di una «mano sicura», in grado di rivestire esattamente «le cose con le parole». Senza di essa non si avrebbe la «distillazione di quanto è giuridicamente rilevante in una nuova situazione pratica» e la «concentrazione di questa essenza in una direttiva per il giudizio» (pp. 452-3, 455, 464-5, 467, 504, 518, 574-5, 578). Wieacker si preoccupa di impiegare una terminologia idonea, articolandola e specificandola ogni volta che sia necessario; il ricorso alla metafora (come si vede) non viene evitato, ma ha uno splendore solo momentaneo. Si insegua, per intendere quanto voglio dire, un vocabolo come «Abstraktion» (o «abstrakt») o come «System», oppure si consideri l'espressione «Erkenntniszusammenhang» già incontrata prima. Essa può indicare «una riflessione che si svincola dal caso concreto» senza ancora sollevarsi al grado di una «scienza dialettica», ma può comprendere anche un «geschlossener Zusammenhang» di concetti e di proposizioni generali, in cui il sapere giuridico si cristallizza (pp. 329-30, 580, 592 nt. 110, 595, 618). «Ontologie» è una parola-guida ancora più istruttiva nella sua ambivalenza. Vi ritroviamo tanto una rappresentazione metafisica della realtà quanto una sua rappresentazione prescientifica. Anche le «regole», quando si presentano nella forma di «proverbi» (Spruchregeln) o di «massime mnemoniche», sono il risultato di una «ontologia elementare». La «Isolierung» del fenomeno giuridico non rifiuta, ma talvolta implica, una relazione analogico-imitativa con il mondo reale. Ne è un sintomo l'agire in entrambi del nesso fra causa ed effetto. Il diritto può presentare il volto di un «ingenuo naturalismo»

(pp. 51, 321-4, 453, 503, 520 nt. 5, 581, 583-9, 625 nt. 40, 639 nt. 105, 647-53, 660-1).

Le *Textstufen klassischer Juristen*, quando apparvero nel 1960, segnarono una svolta negli studi romanistici o la resero chiara al massimo grado. Esse concludevano, d'altra parte, una lunga stagione di lavoro. La stessa cosa può dirsi per la *Römische Rechtsgeschichte*. Io ho cercato di darne un'immagine completa (ma solo un'immagine). Discuterla punto per punto sarebbe stato impossibile, e in ogni caso sarebbe inutile. La *Römische Rechtsgeschichte* di Franz Wieacker dovrebbe essere letta da cima a fondo da chiunque si occupi (direttamente o indirettamente) del diritto romano antico²⁸.

²⁸ Attendiamo con la più viva curiosità il secondo volume, di cui si conosce l'indice. Non mancano, del resto, i rimandi interni e le anticipazioni. Si veda, per esempio, quanto Wieacker osserva sul rapporto fra la giurisprudenza classica e la «cultura scientifica greca» (p. 522), sulle «kommande Aufgaben» del giurista nel Principato (p. 632), su Celso (p. 508 nt. 26), Gaio (pp. 635, 638, 652), Ulpiano (510 nt. 44), e su Paolo critico di Q. Mucio Scaevola (pp. 625 nt. 43, 634 nt. 90, 650 nt. 66). Del primo volume, una eventuale nuova edizione dovrebbe eliminare i molti, troppi errori di stampa ora presenti nelle sue pagine, e le inevitabili avvisie. Ne segnalo qualcuna: p. 301: «Frauengewänder» va corretto in «Trauengewänder»; p. 305: «Satzungsteil» invece di «Satzungsstil»? A p. 467 qualcosa non va nella descrizione delle parti dell'editto: «dritte» invece di «vierte»? Strano l'equivoco a p. 658 (cfr. p. 103 nt. 116), a proposito di Cratete di Mallo; p. 613 e nt. 133: le lettere VII e VIII di Cicerone, *Ad familiares* 7, come le altre del gruppo, non sono indirizzate da Trebazio all'oratore, ma viceversa. Nel «Quellenregister» le *Tusculanae disputationes* sono incluse fra gli scritti retorici, e nel «Sachregister» manca il termine «Formalismus».

Avv. MARIO LAURIA

Prof. nella R. Università di Padova

INDIRIZZI E PROBLEMI ROMANISTICI

Estratto da *Il Foro Italiano*

Vol. LXI - Fasc. V

ROMA - 1936-XIV

SOCIETÀ EDITRICE DEL « FORO ITALIANO »

Avv. MARIO LAURIA

Prof. nella R. Università di Padova

INDIRIZZI E PROBLEMI ROMANISTICI

Estratto da Il Foro Italiano

Vol. LXI - Fasc. V

ROMA - 1936-XIV

SOCIETÀ EDITRICE DEL « FORO ITALIANO »

Preciso: espongo critiche, difese, indirizzi *attuali* degli studi romanistici, indico problemi trascurati, fuori di moda, ma che vanno risolti; non si cerchi perciò in quest'articolo (1) un'esposizione completa dello stato attuale della nostra scienza, dei risultati raggiunti, delle questioni dibattute.

Pur così delimitato, l'esame sembra opportuno: come è noto, non son mancati nè mancano attacchi politici e critiche scientifiche allo studio del diritto romano. Alcuni comuni a tutti gli studi sull'antichità classica, altri propri al diritto romano. Prescindo dai primi, movimenti diversi di vari paesi, perchè la loro valutazione (2) non sarebbe completa se limitata dall'angolo visuale del giurista — anche se storico del diritto — e mi soffermo sulle seconde, le tendenze specifiche ostili al diritto romano.

Comincio dal movimento tedesco; direttiva politica già altra volta manifestatasi (3) e poi

(1) Letto, con poche aggiunte e modificazioni, come prefazione al corso di Pandette all'Università di Padova il 28 novembre 1925.

(2) Un recentissimo e dotto esame dell'influenza romana sulla civiltà moderna in CARCORSO J. art. *Rome in Encyclopedia Franc.*, fasc. 2 (in corso di pubblicazione).

(3) V. in vario senso PASTOR, *Fam. Berol. d. rom. R. i. d. hist. Universitat*, 1920, pag. 20 e segg.; ZATHEMANN, *Deutsch.*

spentasi in quel paese che nel secolo scorso fu la culla delle indagini sull'antichità classica, in ispecie delle storico-giuridiche; movimento politico ora inacerbito da pregiudizi di razza e soprattutto, da pregiudiziali personali a tanti studiosi, tra i maggiori. Queste considerazioni bastano a definirlo e sottrarlo, come tale, a ogni nostra valutazione.

A leggere i programmi delle Università tedesche sembrerebbe invero che le conseguenze ne siano meno disastrose di quel che potrebbe temersi: il diritto romano è ormai insegnato, sì, insieme agli altri diritti dell'antichità, ma con più accentuato indirizzo storico del vecchio ordinamento che prescriveva lezioni di diritto romano comune e quindi precludeva le esposizioni e le indagini storiche, limitandole alle esercitazioni ed ai seminari (4). Oggi invece la storia trionfa, al-

Jur. Z., 1920, pag. 29 e segg. e la critica di LENKE, *ibid.*, pag. 209 e segg.; STOLL, *ibid.*, 1927, pag. 1063 e segg.; SCHWAB, A. B., *Pandektenrecht, u. heutig. roman. Studien, Festschr. z. Schweiz. Juristentag*, 1928, ediz., pag. 33 e segg.; BRUCK, *Rom. R. u. Republ. d. Gegenwart*, 1920, pag. 20 e segg.

A titolo di curiosità ricordo la protesta della Deutsche Studentenschaft contro alcune disposizioni regolanti l'esame di diritto romano, in *Dieck, Jur. Z.*, 1926, pag. 107, e la risposta di MARTIN, *ibid.*, pag. 253.

Fedice citazioni bastano per la legislazione nazista: v. ad es. il discorso tenuto dal Ministro tedesco della Giustizia FRANK contro gli esami di dir. romano nella riunione dei giuristi del 12 maggio 1933 (*Dieck, Jur. Z.*, 1933, pag. 763). È evidente il senso di incertezza da cui sono oggi dominati gli studiosi tedeschi, romanisti e non romanisti, quando si accingono a giustificare lo studio del diritto romano. V. ad es. SCHAFERSTERN, *Dieck, Jur. Z.*, 1934, pag. 513; SCHULZ, *Principles of Rom. L.*, 1934, passim; LANGER, nella recensione a quest'opera in *Dieck, Jur. Z.*, 1934, pag. 1493 e segg.; STOLL, *Z. d. Savigny St.*, 55 (1935), pag. 476 segg.

(4) Questa, almeno, fu la mia personale esperienza.

meno nei titoli dei corsi: « Storia del diritto antico, del diritto romano, ecc. ». Tanto ci dicono gli annuari (5): ma in pratica temo che le cose procedano molto peggio.

Dicevo che il movimento politico tedesco si sottrae come tale alla nostra critica; tanto più possiamo prescindere, in quanto l'attuale fervore e l'attissimo interessamento politico e pubblico per la romanità continuano in Italia e riprendono con nuovo fervore di opere la nostra lunga e gloriosa tradizione umanistica a tutti ben nota.

Un'altra critica ben più grave, corrente purtroppo anche in Italia, si presenta in forma stranamente diffusa perfino tra uomini colti, ma non perciò meno volgare. Presuppone che ogni studio vada giudicato in funzione dell'utilità dei suoi risultati; la nega alla conoscenza del diritto romano cui disconosce la ragione d'essere (6). Per farne giustizia, si potrebbe rispondere che così si confonde tra conoscenza ed azione, e che ogni indagine ha in sé la sua giustificazione. La con-

(5) Mi riferisco, a titolo per es., al piano degli studi dell'Università di Berlino, che prevedeva i seguenti corsi con orario settimanale:

Semestre d'inverno 1934-35:

St. dir. rom. 2 ore.

Sistema del dir. rom. priv. 4 ore.

Seminario romanistico 2 ore.

Semestre d'estate 1935:

Storia dei diritti antichi, compreso il rom. 4 ore.

Esercitazioni di storia del dir. antico (1^o semestre) 1 ora.

Storia generale delle antiche civiltà (Oriente, Grecia, Roma) 4 ore.

Introduzione alle fonti romane } I corso 2 ore.
II corso 2 ore.

Esame del Digesto 2 ore.

(6) Nella *Dieck, Jur. Z.*, 1925, in vario senso, FRINGSHEIM, pag. 694 e segg.; KUNKEL, pag. 1211; KOLLERUTTER, pag. 1674; DAVIN, pag. 1923.

futazione sarebbe giusta, ma incompleta. Noi giuristi, osservatori della vita e della storia, viventi in esse, non possiamo restar sordi ad un'osservazione che, sia pure sotto forma erronea, in definitiva, ci esclude dall'una e dall'altra, negando che la nostra indagine le colga.

Se questa tendenza disconoscesse l'utilità di ogni studio storico-giuridico, potrei prescindere, essendo inutile fermarmi a confutare un assurdo. Ma più profonda è la concezione in esame; alcuni rilievi mossi allo studio del diritto romano sono tanto giustificati da aver provocato difese della sua utilità: difese correnti tra i non tecnici, e, purtroppo, anche tra gli specialisti. Critiche e difese vanno combattute, a mio parere, con le stesse argomentazioni, il che, di nuovo, dimostra il fondamento delle prime. Si afferma infatti che, soltanto chi conosca il diritto romano può valutare il diritto moderno, e se ne adducono esempi: così in Germania si ricordavano i numerosi paragrafi del BGB. (7) contenenti disposizioni o concezioni ispirate a norme romane; si afferma che devono studiarli soprattutto le parti del diritto romano più utilizzabili per la conoscenza del diritto moderno, più suscettibili di applicazione attuale, che ben possono trascurarsene le altre e gli istituti più obsoleti (8) — di fatto gli studi

(7) PASTOR, *cit.*, pag. 27 e segg.; cfr. anche, benchè non tragga conclusioni in questo senso, VAENY, *Ath. congr. intern. dir. rom.*, Bologna, pag. 441 e segg. per l'ABGB e per il progetto di cod. civ. ecco del 1931; contro, già ZITELMANN, *loc. cit.*, che esaltava invece i pregi dell'ossequio delle fonti romane (e contro ZITELMANN, LEXEL *cit.*); contro, ma in altro senso, KOLLEROTTER, *Dtsch. Jur. Z.*, 1922, pag. 1318 e segg. In quest'ordine di idee, buone osservazioni in HÖRNIGER, *Dtsch. Jur. Z.*, 1927, pag. 403 segg.; *Jur. Woch.*, 1930, pag. 226 e segg.

(8) Ad es. BETTE, *Dir. rom.*, I, 1933, Prefaz. VIII, non ri-

di diritto pubblico e penale romano sono incomparabilmente meno progrediti di quelli sul diritto privato (9) —; si afferma ancora (e son varianti o precisazioni) che concetti e istituti romani vanno elaborati secondo categorie moderne — o, con termine più innocuo, secondo le necessità del pensiero moderno (10) —; che occorre studiare le caratteristiche ed i principi fondamentali dell'ordinamento romano — e se ne limita lo studio a quelli del solo periodo classico — perchè immanenti ad ogni ordinamento moderno (11). Difese varie contro critiche per questo lato inconsistenti, difese antistoriche contro critiche antistoriche; evidentemente, non giustificano una scienza storica e partecipano anzi dell'errore che intendono combattere. Al pari di esso negano in pieno e disconoscono la ricerca storica, assegnando alle indagini limiti estrinseci e perciò arbitrari, finalità scolastiche e perciò astratte.

Ma critiche e difese erronee sono per altri aspetti giustificate. La grande scuola storica aveva ben illustrato la evoluzione del diritto romano, ma ne aveva esaltato — troppo esaltato — e messo in luce solo alcuni periodi, trascurandone al-

l'altro (trattare di varie cose diminuisce la capacità giuridica (pag. 154), nè dei particolari del processo per *legis actio* ecc. (pag. 454 e segg.). Idee analoghe in SCHWAB, *cit.*, pag. 28 e segg.

(9) G. LANDSBERG, *Gesch. d. dtsch. Rechts*, 3,2 (1916), pag. 487 e segg. considerava di interesse meramente antiquario gli studi di dir. pubblico e penale romano.

(10) Sull'età di quali WEGGER, *D. Recht. Stud. d. rom. Ra. abh.*, 1927, pag. 69 e segg. V. anche in seguito n. 24 e p. 61.

(11) Indirizza soltanto principalmente da BURGI; v. in seguito p. 69 seg.

(12) A questa direttiva è ispirata l'opera di SCHWAB, *cit.*; v. in seguito p. 58.

tri (12). Si pensi ai numerosissimi studi su problemi di diritto privato classico, e in specie repubblicano (13): ad es. le *legis actiones* (14), le XII tavole (15), il *negotium* (16), e quelli sorti dalla

(12) V. sempre la traduzione fondamentale di LANDREROU, *op. cit.*, 3, 2, pag. 186 e segg., pag. 287 e segg., pag. 438 e segg., pag. 788 e segg.; cfr. ora SACHS, *Alt. d. röm. iur. d. röm.*, Bologna, 2, pag. 217 e segg.; e, in specie pag. 234 e segg., pag. 244 e segg. per valutazioni — positive e negative — sull'opera della scuola storica. SACHS, *op. cit.*, pag. 237 e segg., che la scuola storica, avendo trascurato le ricerche interpolazionistiche, espone in definitiva il dir. giustiniano; l'esatta constatazione non teglie — pare SACHS lo riconosce — che il suo sforzo massimo fu rivolto a conoscere il diritto e il pensiero classico.

(13) Una spoglio superficiale dell'indice della *Z. f. Rechtsgesch.* (1861-1878) mostra che non relative a questo periodo tutte o la maggior parte delle indagini ivi pubblicate dai seguenti: ARNT, ARNT, ASCHER, BECKER, BRUNS, BUCHHARD, DANK, DEHNERT, EKKER, GÖPPERT, HARTMANN, HUNCKER, KARLOWA, RUDORFF, SCHIRMER, SCHLESINGER, SCHMIDT.

Si occuparono quasi esclusivamente del diritto antico HUNCKER, DIERCKEN, SANIO, KARLOWA, KLENKE, KLEIN (Little's *Constitutio* e *Urtell*, 1827; *Somestria ad M. T. Ciceronem*, 1842-51); LEST, HAUBOLD, ANDRÉ, VOIGT (*Das jus naturale, antiquum et bonum ad jus gentium der Römer*, 1856-75). Non nego che alcune dei predetti Autt. abbia trattato di dir. giustiniano (cio sarebbe ineccezionale), ma le loro indagini e il loro interesse furono rivolti soltanto al diritto antico e classico.

Tra le opere più importanti e più note, ricordo il capolavoro JHERING, *Geist d. röm. R. auf der verschiedenen Stufen u. Entwicklung*, 1^a ed., 1862-65 (cfr. anche *Entwicklungsgesch.*, 1894) e, animato da ben altri indirizzi, SACHS, *Das Mutterrecht*, 1861.

(14) Cito soltanto DANK, *Die sakrale Natur d. röm. R. nach dem*, 1857; KARLOWA, *Die röm. R. auf der Zeit d. legis actiones*, 1872. V. del resto KLENKE, *Die röm. R. auf der Zeit d. legis actiones*, 1872. V. del resto KLENKE, *Die röm. R. auf der Zeit d. legis actiones*, 1872. V. del resto KLENKE, *Die röm. R. auf der Zeit d. legis actiones*, 1872.

(15) DIERCKEN, *Uebersicht d. klassischen Versuchen u. Kritik u. Herstellung d. XII Tafelfragen*, 1824; SCHÖLL, *Legis XII tabularum reliquiae*, 1828.

(16) Ad es. HUNCKER, *Ueber das Negotium*, 1846. L'opera sem-

scoperta delle istituzioni di Gaius (17) da un lato, e, dall'altro, alle gravissime lacune e nel campo della storia delle fonti (18) ed a proposito di singoli istituti. Circa il primo punto, ricordo che la ricostruzione dell'editto perpetuo e la palinodia della giurisprudenza classica sono opera di Lenzel (19), che la raccolta delle costituzioni imperiali è ancora da farsi (quello di Haenel ne è soltanto un saggio parziale (20)), che manca perfino un indice dei senatusconsulti imperiali (21); circa il secondo punto, si pensi che sono relativamente recenti gli studi sul processo formulare (22), più recenti ancora e più scarsi quelli sulla *cognitio extraordinaria* (23), scarsissimi quelli sul

loro fondamentale, tanto che per oltre 50 anni, e cioè fino al 1901, tacque ogni discussione su questo negozio atavico così oscuro; V. bibliografia in JONES-KENNER, *Recht, Privatrecht*, 1935, pag. 219^o; aggiungi ora LEVY-BRUHL, *Quelques problèmes de droit anc. de rom.*, 1934, 141 seg., su cui METZGER, *Not. r. hist.*, 4^e s., 14, (1935), 773 seg.

(17) Questa, uno dei meriti della scuola, infatti fortemente sull'indirizzo degli studi, specie processuali; v. SACHS, *op. cit.*, pag. 229 e segg.

(18) Non devono però trascurarsi alcune edizioni di fonti postclassiche e bizantine: l'edizione di Bonn del C. I. R. *Anticlaudius*, quella di HAENEL, del Cod. teodosiano, di BOECKING della *Notitia dignitatum*, dei fratelli HEIMBACH e di ZACHARIAS v. LINGENFELT di fonti bizantine.

(19) LENZEL, *Senatusconsultum*, pag. 7 segg. in PLANITZ, *Die röm. R. Gegenw. u. Schicksalsentwicklung*, 1924.

(20) *Corpus legum*, 1857. L'A. avverte del resto (IV e segg.) di aver pubblicato soltanto una cornata.

(21) Per quest'ultima, DE FRANCISCI, *Storia*, II, 1, pag. 327.

(22) Dovrei in specie a WILKINS, ed alla sua scuola (WENGER, STEINWARTER).

(23) Particolarmente luminoso è il confronto istituito da LEVY (*Z. f. Rechtsgesch.*, 46 (1926), pag. 366) sulle partizioni dei trattati di procedura civile romana: egli ricorda KLEIN, GINARD, *Manuel d'hist. de dr. rom.*, *Inst. d. rom. R.*, 1925 e rileva la seguente proporzione fra le esposi-

diritto pubblico del principato e dell'impero (24) e sul diritto penale (25). Erano lacune inevitabili all'inizio, quando si volle con nuovo metodo ricostruire tutta la storia del diritto romano; son mancanze meno sensibili ora, e che invece perdurano, in parte, anche in altri campi (26). La constatazione è tanto più strana, in quanto l'affermarsi del metodo interpolazionistico, dal 1890

zioni relative alla *legis actio*, alla *formula*, alla *cognitio*:

	<i>l. actio</i>	<i>formulae</i>	<i>cognitio</i>
KELLER	1/9		1/10
GERARD	1/4 — 1/5		1/8 — 1/9
WENGER	1/20		1/4

Il confronto può completarsi così: REITHMANN-HOLKWER, *D. rom. Zeits.*, 1864 e segg.; COSTA, *Problemi storici del processo civ. rom.*, 1918. Il primo espone in p. 264 le *legis actiones* in p. 841 le *formulae*, in p. 45 (III, 227-272) le *cognitiones*; il secondo, rispettivamente, in p. 30, 167, 75.

Anche BREXER, *Die Actioes*, 1871-3, dedica alle *legis actiones* (I, pagg. 18-134) un'esposizione notevolmente più ampia che alle *cognitiones* (II, pagg. 190-242). È noto del resto che, salvo alcuni lavori sporadici (WINDSCHEID, *D. justinian. Litellprocur.*, 1865; KITT, *D. Litellprocur.*, 1887, e già AUCURIA, *Die Institutiones d. Roms* (1843)), le indagini sulle *cognitiones* sono state largamente favorite e ispirate dalla scoperta papirologica e sono perciò posteriori al 1900.

(24) Emerge come è noto, MOMMSEN, *Historische Mommenten*, 1887-88; ma, l'opera non appartiene più alla scuola storica; sull'attuale interesse per questi studi, v. le osservazioni — poco confortanti — di WENGER, *D. Zeits.*, 1927, pag. 70 e segg.

(25) I trattati più recenti, come è noto, son quelli di MOMMSEN (1899) e di FRIEDLÄNDER (1900); le monografie posteriori, alcune anche importanti (ad es. WLADEK, *Asylage u. Streithfestigung*, 1917; LEVY, *Die röm. Kapitalfrage*, 1931), sono però tanto scarse — e tutte relative a questioni specifiche — che non mette conto elencarle.

(26) V. in seguito p. 56 seg., 64 seg.

circa (27), avrebbe dovuto invece determinare un allargarsi delle nostre conoscenze, almeno per alcuni periodi della storia giuridica romana. Ed in effetti molto si è appreso, ma non quanto era lecito sperare e sarebbe stato possibile; eppure nessuna scienza più della nostra, che si avvale di un metodo così mai sicuro ed indiziario, l'interpolazionistico, avrebbe dovuto e dovrebbe oggi ispirarsi inderogabilmente al canone della completezza delle indagini; completezza che servirebbe almeno da parziale correttivo e riprova a quelle incertezze.

Se dunque i nostri studi soffrono sovente di incompletezza, se le esigenze di una sintesi giuridica non sono sempre sentite, è legittimo cercarne la spiegazione. Io credo individuarla in un duplice ordine di cause: il frammentarismo delle indagini interpolazionistiche, frammentarismo inerente al metodo, ma spesso esasperato oltre misura; l'ostilità verso alcuni periodi storici, ed i proconcetti che falsano la visione degli altri, pur intensamente studiati. Chiarisco i rilievi perchè spieghino alcune opinioni su riferite.

Circa il primo, tralascio una completa valutazione del metodo interpolazionistico, per non ripetere considerazioni già esposte da altri insigni (28), e mi limito a poche osservazioni per precisare il mio pensiero. Ho già accennato alle scoperte inaspettate che il metodo ha permesse;

(27) Sulla storia dell'indizio e per una sua valutazione vedi BONICCONTI, *Storia del dir. rom.*, Appendice IV (2, pag. 121 e segg.); dello stesso Aut. *Il metodo filologico*, in *St. in onore di Salasda*, 1928, pag. 123 e segg.

V. anche ALBERTARIO, art. *Interpolazioni*, in *Riv. ital. filol.*, 1930, pag. 389 e segg.

(28) V. oltre i precedenti, BETTI, *Arch. giur.*, 106 (1928), pag. 40 e segg.

nessuno storico potrebbe disconoscerne i pregi. È noto del resto il poetico paragone di Lenel — di Lenel così critico e freddo (29) —: usando del criterio sistematico nel ricostruir gli scritti dei giuristi classici, egli scoprì così vaste e metodiche alterazioni da aver l'impressione che i resti del loro pensiero emergessero come isole dal mare, che egli leggesse per primo un antico manoscritto. Con altra similitudine potrebbe dirsi che il criterio interpolazionistico è così necessario al controllo dei testi come la cronologia delle eclissi a precisare alcune date dell'antichissima storia romana. Il paragone non sembri un paradosso: eppure la ricerca delle alterazioni è distante dalle nostre ricerche storico-giuridiche ma altrettanto indispensabile ad esse come la cronologia o la paleografia; tutte restano aiuti esterni ed estrinseci alla interpretazione.

La ricerca interpolazionistica è estranea non solo alle indagini giuridiche o dommatiche, ma anche alle storiche (30).

Infatti i vari criteri con cui si suppongono o dimostrano alterazioni nei testi giuridici sono o sarebbero applicabili a tutti i testi antichi; perfino i criteri logico e logico-giuridico (*l'inelegantia iuris*), che si appuntano sulle contraddizioni nell'interno di un singolo testo o fra due passi di uno stesso autore, devono limitarsi a prenderne atto, tanto che, in definitiva, resta a volte dubbia l'origine del rilevato contrasto; se

(29) LENEL, *Selbstkritik*, ed., p. 10.

(30) Tralascio le discussioni sulla temuta crisi del metodo interpolazionistico; crisi, a mio parere, inesistente nei suoi riguardi; effettiva, invece, ma superabile, nei riguardi degli studi; v. del resto le lucidissime considerazioni, in parte convergenti con le mie, di KUNKER, *Z. d. Savigny-St.*, 50, (1930), pag. 725 e segg.

cioè esso sia dovuto ad alterazione estranea o non sia piuttosto manifestazione di un pensiero non perfettamente chiaro, ripetuto poi altrove con maggior maturità dallo stesso Autore. Né più conaturati alle nostre indagini sono il criterio storico ed il filologico: il primo, che deduce l'interpolazione dall'accertamento di anacronismi, il secondo, il più usato, da osservazioni grammaticali e linguistiche. Questi metodi non hanno carattere giuridico, nè importano ripensamento storico, limitandosi ad una mera precisazione che, sotto un certo aspetto, potrebbe considerarsi erudita. Dal criterio filologico vanno però distinte le indagini sulla evoluzione del significato dei termini e concetti giuridici; indagini legittime anzi indispensabili al romanista, e sintetizzanti ogni ricerca sullo svolgimento e la trasformazione degli istituti giuridici; si pensi ad es. a quelle su *obligatio* (31), *legitimus* (32), *possessio* (33), *aequitas* (34), *diligentia* (35), *culpa* ecc. (36). Tornando al criterio filologico, riconosco volentieri che gli dobbiamo un inestimabile sussidio, i vocabolari ed indici, dei quali non si deve però sopravvalutare il nudo valore strumen-

(31) SENRÉ, *St. la source de Bonfante*, 3, pag. 502 e segg.; per altra bibliografia, JONAS-KUNKER, ed., pag. 61.

(32) Cfr. SOLAZZI, *Dir. ereditaria rom.*, (1932), I, pag. 205 e segg.

(33) ALBERTARIO, *Boll. int. dir. rom.*, 40, (1933), pag. 5 e segg.; *Fidei*, s. *Leges*, 12, (1933), pag. 1 segg.

(34) FUCHSBERGER in numerosi art.; il primo in *Z. d. Savigny-St.*, 42, (1921), pag. 643 e segg. l'ultimo in *Acta congr. iurid. internat.*, I, (1935), pag. 121 e segg.

(35) KUNKER, *Z. d. Savigny-St.*, 45, (1930), pag. 206 e segg. (indagine fondamentale); tralascio la posteriore letteratura, di cui accetto però varie rettifiche.

(36) ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuali*, 1934, pagina 720 e segg.

tale. Ma, ricordatene i meriti — e tralascio ogni riserva sui pericoli incombenti a noi giuristi, non filologi, nell'applicare una scienza che non è la nostra —, devo pur sempre concludere che esso si limita a determinare cronologicamente usi e significati di parole e di costrutti, e perciò è della stessa natura dei precedenti (37).

Il metodo interpolazionistico, ripeto, è indispensabile al romanista moderno; ma non si deve dimenticare che spesso l'applicazione ne è malsicura; non si deve dimenticare, soprattutto, che vi è insito un limite di applicabilità, oltrepassato il quale sorgono gravi errori metodici; non si deve nemmeno dimenticare che il suo uso esclusivo può determinare un abito mentale che non è quello del giurista. Perciò le critiche in esame hanno buon gioco; tanto migliore perchè molti romanisti proclamano esplicitamente la insopprimibilità degli errori metodici ed esaltano, di fatto, altre conseguenze negative del metodo. Affermano che la nostra scienza debba limitarsi alla ricerca e scoperta di alterazioni, essendo oggi impossibile delineare qualsiasi evoluzione, tracciare una sintesi (38); in conse-

(37) BONFANTE, *Ser. la cosa di Salandro*, cit., pag. 122: « Il fine dello studio sembra diventare puramente filologico... i metodi di ragionamento divergono pur così marcatamente filologici. Le esposizioni complessive nella loro aspirazione ad essere una precisa indicazione, ma anche una mera indicazione dello stato degli studi, assumono il carattere di notizie filologiche, lo studio degli istituti speciali condotto con metodi puramente filologici, si offrono un'interessante enateca dei testi e dei principi, ma senza lo spirito e l'anima degli istituti scompaiono o anche si vogliono deliberatamente distruggere, deformando e rovinando i concetti giuridici ».

(38) PERCOT CORNILL, *Avvisi di rom.*, 1930, Prefaz. X o segg. riassume a questo il dir. classico; v. già BRESLER, *Beitr.*, 3 (1933) pag. 1.

Opportunamente ALESSANDRO intitola « Introduzione alla

guenza, tante indagini si riassumono in un semplicissimo schema che vorrebbe essere storico, ma è, tutt'al più, formalmente logico, e sempre povero di contenuto giuridico; alcune ricerche le *Wortmonographien*, saggiamente esclusivamente la classicità di una parola (39) o frase o locuzione (40), ed esse, anche se condotte con eccezionale senso critico e filologico, non hanno alcun valore storico-giuridico. L'abito filologico favorisce la tendenza, ormai frequente, a sostituire semplici affermazioni ai ragionamenti giuridici e fa indulgere al frammentarismo delle indagini; frammentarismo che preclude ogni visione di insieme, anche perchè si è costretti ad illustrare soltanto aspetti esteriori delle antiche esposizioni secondo un punto di vista occasionale e contingente (le modifiche apportate ai testi). Le precedenti osservazioni non riflettono difetti individuali nell'uso del metodo o nell'esposizione, ma illuminano invece le conseguenze dell'errore su rilevato, quello cioè di ritenere che solo il metodo interpolazio-

studio del dir. rom. giustiniano », (1935), la sua esposizione dedicata alla storia delle fonti giustiniane, ai criteri interpolazionistici, all'esame delle varie specie di interpolazioni; ma a pag. 146 seg. l'A. identifica quasi l'interpretazione del CI. con la ricerca delle interpolazioni.

(39) Inaugurato, come è noto, da BRESLER (*Beitr.*, 2, Kr. 18 d. rom. R. quod. I, pag. 46 e segg.) e proseguito ininterrottamente con insuperabile spirito critico — e ipercritico — ancora: in ultimo, *St. et documenta hist. et iur.*, I, (1935), pag. 275 e segg.

Possiamo prescindere dalla sua aspra polemica con MITTNER (*Beitr.*, 3, 1933, pag. 302 seg.) e dalle critiche mossegli da KENNEDY (in ultimo *Conferenze per il XIV centenario della Pandette*, 1931, pag. 110 seg.).

(40) Per questa e le precedenti, v. GUARNIERI CITATI, *Indice delle parole e costrutti ritenuti indizi di interpolazione nei testi giuridici romani*, 1927, e il relativo *Supplemento*, *St. la cosa di Giustiniano*, I, (1935), pag. 701 e segg.

nistico permette conoscere la storia del diritto romano, che perciò tutte le nostre indagini si debbano ridurre a constatare alterazioni. Il metodo interpolazionistico, prezioso solo perchè e in quanto ci permette queste scoperte, non educa invece nè il senso storico nè la comprensione giuridica, anche perchè le deduzioni più sicure sono quelle risultanti dall'integrale — direi meccanica — applicazione di qualche suo criterio (41). È permans così la lamentata indifferenza; indifferenza scossa soltanto in parte, e sempre a scapito di ogni sintesi, dalla predilezione verso alcuni periodi storici, dal ben noto disprezzo per altri.

Passo al secondo punto. Il diritto postclassico, da Costantino a Giustiniano, è poco studiato; la legislazione di Giustiniano non è valutata come merita nè conosciuta come sarebbe doveroso; son verità note e più di me potrebbero lamentarsene i bizantinisti. Si pensi alla trascuranza per le fonti (42) e le notizie giuridiche ri-

(41) Così quasi tutte le interpolazioni rientranti nel confronto testuale, sulle quali v. SCHULZ, *Einführung i. d. St. d. Digesten*, 1916, pag. 45 e segg.; CHIAZZESE, *Confronti testuali*, Ann. Univ. Palermo, 16 (1931); dico quasi tutte, non essendo a volte sicuro quale lezione sia la giusta. Così molte interpolazioni celebri annesse fin dagli antichi studiosi: ad es. D. 30, 1, riconosciuta già dalla Glossa (ad h. l.); D. 1, 7, 5 (MOMMSEN, ad h. l.); v. anche BONFANTE, *St.*, cit. 2, 155 seg.

E, inversamente, l'abbandono l'applicazione del criterio è affidata al senso del ricercatore (Bale lo chiama F. A. WOLF; v. SCHULZ, *Einl.*, cit. 1916, pag. 40), ivi è finitudo e non il metodo che aiuta; e l'affermata modificazione peggiora, spesso, su una critica impressionistica e quindi inaccettabile.

(42) Anche in questo campo si è seguito l'indirizzo della scuola storica, limitandosi a nuove edizioni; ricorda il *Corpus Iustinianum* e le *Novellae Sirmundianae* di MOMMSEN (1903), l'*Epitome Ulpiana* di SCHULZ (1926), il *Typus* di MERCATI (I) 1914 e DOLGER (II) 1922; ma la critica sostanziale non ha proce-

fluenti questi periodi (43). Non sono ancora raccolte, l'ho già detto, le costituzioni imperiali —

dato nè proceduto quella delle edizioni, sicchè molti problemi resteranno, forse, insolubili, ma certo non progrediscono stante la scarsità delle indagini. Ne cito qualcuno:

a) Le fonti dell'*Interpretatio ad Cod. Theod.* (su cui v. ora WINDACKER, *Spud. Freiburg. in honor. O. Loeb*, 1935, pag. 259 e segg.).

b) Le fonti e il diritto dell'*Epitome Gai* (ALBERTARIO, *Atti Congr. intern. dir. Roma*, Roma, 1, 497 e segg.; WINDACKER, cit., riferisce sulla prima questione, pag. 261 e segg.).

c) L'età dell'*Epitome Iuliana* e dell'*Anticostitutum* (v. KUEHLER, *Genet. d. rom. Rs.*, 1925, pag. 417 e segg.).

d) Le fonti della *Parafrasi di Troilo*; per alcuni confronti con la *Parafrasi Augustodunense* di Gaio, ALBERTARIO, *Introduzione* cit., pag. 113 e segg.; ma permans l'esigenza di un'indagine completa: cfr. DE FRANCISCI, *St. Perazet*, 1925, pag. 329, ed ora l'esposizione di KUEHLER (anche per i dubbi sulla paternità dell'opera) *Art. Theophilus*, 11, in PAULY WISSOWA, *Realencyclopädie*, 5 A 2 (= II R., 10) (1934), pag. 2145 e segg.

Altre opere, invece, sono oggetto di numerose ed appassionante indagini: così le *Sententiae* attribuite a Paolo, che, dopo i sospetti avanzati per primo da BRESLER (*Beitr. cit.*, I, pag. 99) sono state esaminate *ex professo* da LEVY (*Z. d. Savigny-Stift.*, 50 (1939), pag. 270 e segg.) e da me (*Annali dell'Università di Macerata*, 6 (1939), pag. 33 e segg.); ma nè l'indagine di LEVY nè la mia contengono una dimostrazione completa dell'opinione, ormai quasi unanime, che cioè l'opera sia una cronotassi compilata verso la fine del III sec. Merito desiderabile (sono io il primo a riconoscerlo), tanto più necessaria, dopo che VOLTERRA (*Atti Congr. intern. dir. rom.*, Bologna, 1, pag. 31 e segg.) ha dimostrato (pag. 161 e segg.) che le divergenze tra le redazioni occidentali e quelle orientali delle *Sententiae* non son dovute a varianti di manoscritti (come pensava ROTOND, *Ser. giur.*, I, pag. 482), ma ad interpolazioni, la gran parte sul ms. orientale, in piccola su quelli occidentali.

Così fervono le dispute sulla data e l'autore della *Collette*: v. in vario senso VOLTERRA, *Mem. Acc. Lincei*, s. 5, v. 2, I, 1, pag. 100 e segg., pag. 116; post s. 324; LEVY (*Z. d. Savigny-St.*, 50 (1939), pag. 703; post s. 296-302, ante s. 324); NIEDERMEYER (*Atti Congr. intern. dir. rom.*, Roma, 1, pag. 309);

l'iniziativa promossa dalla R. Accademia d'Italia è allo stato di progetto (14) — e la mancanza è particolarmente grave per quest'epoca in cui la elaborazione giurisprudenziale fu scarsissima e la dottrinale è in gran parte a noi ignota; manca perfino un'edizione dei *Basilici* rispondente alle esigenze della critica moderna (15). Queste con-

LAUREA (*Ann. Maerzke*, 8 (1932), pag. 206; post. n. 315); in ultimo, ed attribuendola a S. Ambrogio, HONKENLOHE, *Ursprung u. Zweck d. Collatio LL. Moise, et Romanor.*, 1926, pag. 10 e segg.

Per le fonti dell'*Epitome Ulpianae*, SCHULZ, cit., *Die Epitome Ulpianae* (1925), pag. 10 e segg., espone la dottrina recente in proposito; v. posteriormente, le recensioni di LEXEL (*Z. d. Savigny-St.*, 47 (1927), pag. 414 e segg.) e di ARANGIO-RUIZ, *Boll. Ist. St. rom.*, 35 (1927), pag. 191 e segg.

(13) Trascorruta spesso devota, è giusto riconoscerlo, alla difficoltà di padroneggiare la letteratura dell'epoca; un'inizio di spoglio sommario, e nondimeno molto cupio, in ROTONDI, *Rev. cit.*, I, pag. 490 e segg.

Nondimeno la nostra conoscenza ne è ancora troppo rudimentale; basti pensare che un VESCOCHI è stato, e giustamente, lodato, da RABBI (*Z. d. Savigny-St.*, 52 (1932), pag. 471) per aver additato il noto caso di furto ricordato da AUGUSTIN, *Confess.*, VI, 9, §§ 14-15 (*Biade* (1931), pag. 210 e segg.); che ALBERTARIO (*Rev.*, I (1931), pag. 329 e segg.) ha dovuto impiegare in apposite indagini il pensiero di S. Agostino sul furto, e sul processo (e mi limito a esempi recentissimi) e si veda che una maggior considerazione di queste notizie giuridiche contenute negli scritti non giuridici sarebbe indispensabile per gli storici del diritto; v. di nuovo ROTONDI, *Rev.*, 3, pag. 483 e segg., per osservazioni, appena elaborate, sull'uso di *felicia* e *citra* nei testi cristiani e nei relativi commenti.

Una scelta bibliografia, prevalentemente storica, per il periodo dal 784 al 805 d. Cr. è esaminata da MILLER J. in *Bavaria's Jahrbuch*, 26, 2, *Fortsetz. d. M. Alt. Jahrb.*, 61, vol. 246 (1933), pag. 43 seg.; ma è limitata ad opere pubblicate tra il 1915 e il 1922.

(14) Nell'ultima tornata della R. Accademia, chiusa in questi giorni (febbraio 1933) si sono prese altre disposizioni per i lavori preparatori.

(15) ARANGIO-RUIZ, *St. Albertini*, I (1925), pag. 1 e segg.; LAWSON, *Z. d. Savigny-St.*, 49 (1929), pag. 202 e segg.; l'am-

statuzioni mostrano e in parte giustificano la nostra perdurante ignoranza, non la spiegano. Le cause ne sono varie. Anzitutto, il romanticismo, una delle tendenze ispiratrici della scuola storica tedesca (16), ha ormai cambiato forma, e si è tradotto per noi romantisti in un'esasperazione dello storicismo: da tempo consideriamo rilevante e degno di studio anche il diritto classico, oltre che il primitivo, ma siamo pur sempre distolti dalla conoscenza di epoche posteriori (17). Lo appassionato interesse per quei periodi ha creato, in definitiva, il bisogno del metodo interpolazionistico; ma, ancora una volta, il metodo ha reagito sugli studiosi: la febbre di scoprire il pensiero classico, che si cerca come la perla nella conchiglia, ci lascia freddi o genera un senso di repulsione per la madreperla — altri la chiama sovrastruttura — di pensiero bizantino che eventualmente lo circonda o lo nasconde. A questo proposito un'osservazione mi sembra notevole: mentre fervono le indagini dirette a ricostruire i testi ed il pensiero classico, mancano invece quelle rivolte a rile-

RABBI, *Essel.*, *Boll.*, XII (1931), pag. 147. Si attende ancora la edizione di CAROCCI del ms. Vat. gr. contenente i ll. 58-60 del *Basilic*; CAROCCI, *Acta congr. inter. iurist.*, I, pag. 512 e segg., enumera la scoperta di altre placche fr. dei *Basilici* nel ms. Vat. gr. 1566.

(16) SACCHERA, cit., pag. 211 e segg., con bibliografia.

(17) La tendenza agisce anche in altre direzioni: ispira le teorie che riconoscono a caratteristiche del diritto romano aspetti e manifestazioni del periodo arcaico o del classico (v. p. 62 seg.); ispira, soprattutto, il deplorabile indirizzo critico proposto a negare a priori all'ordinamento classico « attribuire alla dottrina posteriore innovazioni e sviluppi »; v. contro BONTANTE, *St. Salustiana* I, c. e specie RICCONORO (le cui affermazioni vanno però accolte con riserva) in numerosi scritti; i più recenti son citati in seguito n. 51.

vare eventuali alterazioni nelle costituzioni del codice teodosiano, nelle post-teodosiane e giustiniane del codice di Giustiniano; l'incertezza è da sottolinearsi perchè il problema fu posto da Otto Gradenwitz, il geniale propugnatore e maestro del metodo interpolazionistico e fu illustrato da qualche ricerca sua (48), e poi da Schulz (49). Evidentemente, l'avversione per il diritto post-classico e bizantino è così forte da non esser vinta nemmeno dallo stimolo a scoprire nuove alterazioni. Infine, l'antico disprezzo degli umanisti per Giustiniano e Triboniano minaccia di esser rafforzato e complicato dall'altra recente illusione sulla pretesa universalità dei concetti giuridici classici.

Son questi — mi si perdoni l'espressione recisa — altrettanti aspetti dell'antistoricismo, fonte ultima dei precedenti errori. La sua debolezza intrinseca, e perciò invincibile, si manifesta, ad es., nelle valutazioni della legislazione giustinianea, contrastanti ed ugualmente erronee: secondo alcuni non vi sarebbero lacunativi sufficienti ad illustrare la perfezione del diritto classico, dispregiativi convenienti a bollare quello giustiniano (50); secondo altri, invece, il diritto

(48) *Z. d. Savigny-St.*, 31 (1913), pag. 211 e segg.; 38 (1917), 35 e segg.; 53 (1933), pag. 459 e segg.; 54 (1934), pag. 117 e segg.; *Bull. Ist. dir. rom.*, 41 (1933), pag. 1 e segg.; *Z. f. Kirchengesch.*, 3 F. II, 51 (1932), pag. 228 e segg.; *Acta congr. iurid. intern.*, I, pag. 499 e segg.

(49) *St. la opera di Bonfante* (1929), I, pag. 337 e segg.; *Acta congr. iurid. intern.*, I, pag. 85 e segg. Altre interpolazioni proposte SOLAZZI, in *Atti accad. Napoli*, 1926.

(50) È preferibile, anche per brevità, citare soltanto i pochi oppositori: BONFANTE in tutte le opere (una delle ultime comunicazioni *Atti II congr. int. st. rom.*, 1931, III, pag. 88) fu proprio *Sul concetto dell'Historia romana di Procopio*; RICCONINO, in ultimo *Acta congr. iurid. intern.*, II, pag. 379 e segg.

giustiniano sarebbe perfetto al pari del classico, ma, in definitiva, di poco dissimile; più precisamente, sarebbe il risultato della fusione tra l'*ius civile* e l'*Phoenicianum*, modificati e semplificati dalla prassi postclassica anzitutto, e da pochi altri fattori di secondaria importanza (51).

Una scarsa sensibilità storica lo riscontro in definitiva anche in due diversissime opere recenti.

In una, l'ho già detto, si studiano alcuni principi e caratteristiche dell'ordinamento romano classico (ad es. astrazione, libertà, semplicità, *bona fides*) ritenendole immanenti ad ogni ordinamento giuridico; in realtà nessun principio giuridico è universale, nessuna caratteristica perpetua; anche quelle esaminate ebbero vita breve e contrastata, sicchè il tentativo di universalizzarle si rivela erroneo ed infelice (52).

Nell'altra (53), si sostiene invece che il disprezzo per Giustiniano e per la sua legislazione è immeritato, chè anzi questa « resta sempre un

(51) Così sosteneva soltanto da RICCONINO e dal suo discepolo CHIAZZONE (ometta però la bibliografia delle opinioni discordanti); del primo, v. in ultimo, *Corso di dir. rom.*, II, (1934), pag. 686 e segg.; *Bull. Ist. dir. rom.*, 42 (1934), pag. 46 e segg.; *Atti congr. iurid. intern.*, I, pag. 319 e segg.; e, sull'influenza modificatrice del cristianesimo, *ibid.*, II, pag. 59 e segg.; del secondo, *Arch. giur.*, 103 (1930), pag. 68 e segg.; un'intesa di discussione in *Conferenti festali*, *cit.*, pag. 327 e segg. (in cui la recensione di KURBAK, *Z. d. Savigny-St.*, 55 (1935), pag. 443 e segg., specie 448). Una valutazione, come sempre equilibrata ed obiettiva, in JORDAN-KURBAK, *cit.*, pag. 61 e segg.

(52) SCHULZ, *Principles*, *cit.*; in cui sfo. le recensioni di LANGBE, *cit.*, *Arch. Jur. Z.*, 1934, pag. 1493 e segg.; o mia in *St. et doc. Med. et lat.*, I (1935), pag. 219 e segg. Diversa valutazione in GELZER, *Germania*, II (1935), pag. 1 segg. V. però in seguito n. 98.

(53) BONNET, *Giustiniano primo principe e legislatore cattolico* 1930.

modello in cui possono combinarsi in una sintesi superiore il divino e l'umano » (54), impresa indubbiamente difficile, forse anche inutile, e agli occhi di noi critici e a giudizio dello stesso Autore, che si domanda: « Utopia o illusione? Ma è certo che questa utopia o illusione costituisce il tratto più essenziale di Giustiniano e dei suoi tempi; il lato più originale della sua opera ». Secondo questa concezione mistica, il divieto del divorzio, introdotto da Giustiniano ed abolito poi dal successore « è una santa e coraggiosa riforma, che non voleva rispettare la tradizione né soddisfare le miserie umane, ma piuttosto ispirarsi a quel concetto di matrimonio cristiano che si affermava sempre più nettamente » (55); ancora, non da respingersi gli acerbi giudizi degli storici moderni sul fanatismo e la intolleranza religiosa di Giustiniano, e non da respingersi perché i pontefici suoi contemporanei, non rimproveravano, ma lodavano lo zelo dello imperatore e lo incoraggiavano a perseverare... comprendendo il beneficio che la politica imperiale arrecava alla chiesa cattolica (56). Mi soffermo sulla tesi per il rispetto dovuto allo insigne studioso che la propugna e per la sua originalità; originalità cui non mi sento di aderire; io considero invece antistorica ed apologetica questa tentata riabilitazione della politica e della legislazione di Giustiniano. L'esaltare questa unicamente perché pervasa da profondo spirito cattolico significa precludersene la retta comprensione storico-giuridica; valutare il divieto del divorzio alla stregua di considerazioni religiose

(54) 189.

(55) 21.

(56) pag. 31, 34 e segg.

implica, di nuovo, estraniarsi dalla storia dello istituto. Lo storico profano, cui è più amica la verità, resta freddo di fronte agli intenti religiosi della norma, dei quali tiene — e deve tenere — conto soltanto per spiegarla; lo storico considera quella legge come l'ultima tappa di una lunga evoluzione prodotta da influenze cristiane, ma la valuta altresì disposizione troppo affrettata, perché ispirata unicamente da moventi mistici, e perciò inadatta; tanto vero che essa fu presto abrogata e sostituita da altre norme che ripristinarono una limitata libertà del divorzio. Del resto Giustiniano comminò pene contro chi divorziasse, ma non osò o non poté nemmeno lui attuare in pieno il precetto evangelico, giacché non dichiarò nulli i divorzi (57). Ed infine, la lode dei pontefici avrà ben tranquillizzata la coscienza di Giustiniano angosciata dalla politica religiosa, ma essa non toglie all'intolleranza il suo carattere barbaro. Compito dello storico è soltanto precisare e spiegare quella politica dell'imperatore e dei pontefici.

Ho tentata una valutazione delle principali critiche e difese del diritto romano; posso ritornare al punto di partenza, ripetendo la giustificazione già data; giustificazione filosofica, quindi unica, in luogo delle molte altre, pur corrette, ma inconsistenti e risolvibili in parziali illustrazioni dell'obbietto studiato: lo spettacolo unico offerto dall'evolgersi di un ordinamento attraverso nove secoli di storia, dalla piccola comunità del Lazio all'orbe romano, all'inarsi del nostro senso giuridico con lo studio della precisissima tecnica

(57) Nov. 22 c. 3; 117 c. 10. V. per tutti BONFANTE, *Dir. di famiglia* (1925), pag. 259 e segg.; KUNKEL, art. *Matrimonium*, in: *Early History of the Law*, 14, pag. 2275 e segg.

formulare e delle opere dei giuristi classici — studio che resta pur sempre in onore nonostante contrarie affermazioni (58) —, l'interessato appassionato per lo spegnersi delle istituzioni e delle libertà repubblicane, l'ammirazione per la grande politica di Augusto e l'ultima resistenza romana di Diocleziano, la curiosità per il nuovo spirito che informa e le nuove norme che modificano la legislazione da Costantino in poi, la meditazione sul complesso e preciso ordinamento amministrativo del Basso Impero, l'attrattiva per la raffinatezza scolastica del pensiero bizantino, il sentimento di irreparabile decadenza che aduggia le compilazioni postclassiche occidentali, la ricerca delle nuove concezioni sorgenti pur dall'imbarbarimento, l'ansia di sciogliere gli enigmi della compilazione giustiniana, la prassi quotidiana del diritto che risorge vivente a noi dopo duemila anni dallo studio delle decisioni, dei contratti, dei testamenti, degli atti amministrativi superstiti; tutte esemplificazioni, ma esse eccitano la nostra curiosità, il nostro interesse, la nostra ammirazione e costituiscono, più che la giustificazione filosofica, l'impulso umano della nostra indagine, lo stimolo al nostro pensiero che rivive le vicende politiche e le concezioni giuridiche del mondo romano, concezioni e vicende altamente civili (59).

Non consento quindi con un dottissimo giurista (60), che ha sostenuto e sostiene la legitti-

(58) Mi riferisco a WENGER, *Der lat. Stand*, cit., 68.

(59) Cfr. ad es. in questi sensi MONIER, *Manuel des dr. rom.*, I (1925), pag. 4 e segg.

(60) BETTI, *Arch. giur.*, 50 (1928), pag. 129 e segg.; 100 (1928), pag. 55 e segg.; *Boll. Ist. dir. rom.*, 29 (1931), pag. 33 e segg.; 41 (1933), pag. 271 e segg.; in ultimo, ed. in *Lezioni dr. rom.*, cit. (1935), l'Prefazione.

mità di un'elaborazione dogmatica moderna di rapporti e istituti antichi. La tesi può intendersi in duplice senso: o in quello che i concetti moderni, applicati con prudente elasticità, aiutino a rielaborare il pensiero antico (61); oppure nell'altro, che cioè sarebbe lecita ogni nostra rielaborazione di un rapporto o istituto purché esistente nel diritto positivo romano classico — (perché limitarsi al diritto classico (62)? —, che sarebbe lecito integrare lacune e corregger deficienze negli scritti, nelle motivazioni dei giuristi classici — (perché non anche dei bizantini (63)? —). L'indirizzo emerge per il fortissimo senso giuridico da cui è ispirato e va esaminato nella sua duplice formulazione.

Nel primo senso è innocuo, ma non si potrebbe dir nuovo: ci si limita ad avvertire che i concetti giuridici moderni hanno un significato diverso da quelli antichi, e, per es., qualificandosi l'editto pretorio come analogo ai regolamenti, si avverte che fondamentali sono le differenze tra regolamento ed editto (64). In definitiva, questa tendenza resta un modo di esprimersi accompagnato da continue determinazioni negative. Riconosco anche (ma si è già in un

(61) Prefazione, XXX e segg.; *Boll. Ist. dir. rom.*, 29, pag. 62 e segg.

(62) *Arch. giur.*, 44 3, 10 (39, pag. 135 e segg.; 100, pag. 58 e segg.); *Boll. Ist. dir. rom.*, 29, pag. 53 e segg.; meraviglia questa limitazione al dir. classico, perché l'A. si riferisce frequentemente anche a domini e concezioni bizantine; *Arch. giur.*, 44 7, 8 (100, pag. 32 e segg.); *Boll. Ist. dir. rom.*, 42 (1934), pag. 222 e segg.; *Atti Congr. intern. dir. rom. Roma*, 2, pag. 145 e segg.

(63) *Arch. giur.*, 44 3, 10 cit.; *Boll. Ist. dir. rom.*, 29, pag. 41 e segg., specie 44; 41, pag. 279; Prefaz., pag. XII e segg.

(64) *Dir. rom.*, cit., pag. 52 e già *St. in onore di Chiavola* (1927), pag. 93 e segg.

diverso ordine di idee) che la meditazione su concetti attuali e l'osservazione di aspetti ed esigenze della vita moderna possono fornire utile punto di partenza ed incentivo ad indagare analoghe concezioni e manifestazioni del mondo antico (65) — secondo l'atteggiamento spirituale di ogni storico; — sono efficaci termini di paragone delle rispettive differenze; fanno meglio apprezzare l'inizio di uno svolgimento di cui si conosce e vive la fase finale — e in questo senso è indispensabile allo storico la conoscenza del diritto moderno, gli è indispensabile vivere e pensare secondo il suo tempo (66) —; ma nessuna di tali giuste considerazioni autorizza a concludere, che i problemi antichi vadano considerati o risolti con criteri moderni o ad essi estranei.

Epperò, considerata nella seconda formulazione, la tesi in esame è veramente nuova, ma decisamente inaccettabile: non solo si mortifica e strazia in maniera antistorica quel pensiero antico che si vorrebbe ricostruire (non è sanatoria sufficiente il tener conto dei risultati della critica interpolazionistica (67)), ma si fa opera inutile, mi sembra, e per la storia del diritto antico (68), e per quella dei dogmi mo-

(65) Un esempio classico di quest'esigenza è l'indagine di FAIDA, *L'azione popolare* (1894); v. Prefazione. Cfr. anche BUKER, *Die Abkeim*, I (1871), p. III; fuori del campo giuridico, ad es. BRACH, *Zur gesch. Entföhl. d. Staatsorgane*, F. Joch. f. nat. u. Wirtschaftsgesch., 16 (1922), pag. 325 e segg.

(66) Ancora in altri sensi è adottata da BERTI la storicità del processo conoscitivo e fondamento della sua metodologia: *Arch. giur.*, §§ 2, 4 (99, pag. 133, 138 e segg.); *Boll. ist. dir. rom.*, 39, pag. 49 e segg. Per altre osservazioni nell'ordine di idee che lo regna, LEREL, cit., *Rech. Jur.*, X, 1920, pag. 253 e segg.

(67) Prefazione XXV.

(68) *Boll. ist. dir. rom.*, 39, pag. 55 e segg.; *Arch. giur.*, § 6 (109, pag. 78 e segg.).

derni. Quando ad es. si configurano « autofilose consensuali » (69) le *stipulationes praetoriae*, il sequestro convenzionale, l'inventario, il pegno, il compromesso, non si chiariscono le ragioni che li crearono nè se ne spiega il funzionamento; si ipotizza un principio certamente inesistente all'epoca di cui si tratta e l'ipotesi è dunque inutile anche per la storia del dogma; sicchè la qualifica postuma si esaurisce in se stessa (70). Nè è da trascurare una osservazione psicologica: chi segue questo indirizzo non cerca più di scoprire e far rivivere il pensiero e gli istituti antichi, ma si interessa soltanto a classificarli, coartandoli entro schemi e categorie estranee (71). Non mi dilungo ulteriormente su tale tendenza che ha incontrato un quasi unanime dissenso (72).

Spero aver sufficientemente chiarito il mio pensiero sui fini degli studi romanistici, sulla loro utilità; devo ora precisare il rilievo generico già espresso, sull'unilateralità dell'odierno indirizzo scientifico. Limite l'esame ad alcune opere, tra le più insigni, da cui tutti abbiamo appreso e apprendiamo, che meglio illustrano questo atteggiamento.

Non potrei sollevare simile appunto al « Di-

(69) *Dir. rom.*, I, pag. 240 e segg.

(70) Adduco altri esempi: non vedo quale chiarimento fornisca il concetto di organo per spiegare la differenza tra le vacazioni ab intestato dell'ius civile e quello pretorio (*Arch. giur.*, § 9, n. 1 in fine (100, pag. 59 e segg.); è proprio necessario appropinquare l'indagine sul concetto e la struttura dell'*obligatio consensu* per riconoscere che generano *obligationes* prima i contratti e poi i delitti (*ibid.*, pag. 51 e segg.)?

(71) Una curiosa confusione tra indagine deontologica e affermazione storica, rileva ARANGIO-RUIZ, *Fond. R.*, 1934, IV, pag. 51².

(72) Per bibliografia, Prefaz. cit., XIII²; aggiungi v. OVERS, *Fjda. u. R. gesch.*, 13 (1934), pag. 110 e segg.

ritto penale romano» di Mommsen (73), sebbene l'A., malgrado le premesse, si limiti ad una esposizione, pur completa, del solo diritto e processo penale vigenti sotto la repubblica e il Principato (74): le gravi lacune riflettenti l'epoca posteriore erano ben presenti anche a Lari, ma il vegliardo di 81 anni avvertì che aveva dovuto affrettar l'indagine per compierla in tempo (75).

L'asso ad altra opera fondamentale: « Il diritto privato romano fino all'epoca di Diocleziano » di Ludovico Mitteis, il cui primo ed unico volume fu pubblicato nel 1908. Da allora molto si è progredito nello studio del diritto privato: oggi si pensa che la legislazione Dioclezianea non può considerarsi tutta rigorosamente ortodossa: sotto molti riguardi fu improntata a una minor resistenza verso le correnti giuridiche non romane che modificarono i corrispondenti istituti romani (76), minor resistenza manifestantesi pur sotto il latino corretto delle disposizioni imperiali. Il diritto pubblico del Principato ora invece nel 1908 conosciuto come ora. Ebbene, nel primo capitolo di questa opera splendida, dedicato alle fonti del diritto, si espongono magistralmente soltanto i seguenti argomenti (77): (§ 1) *Ius Fes*; (§ 2) *Ius-Lex*; (§ 3) Diritto civile ed onorario;

(73) *Römische Strafrecht*, 1899.

(74) V. alcune mie sommarie osservazioni in *St. de memo-ria di Bain* (1934), pag. 97¹.

(75) Prefazione VIII.

(76) La questione è dibattuta; in vario senso, tra i più recenti: ALBERTARIO, *Conferenze per il XIX centenario delle Pandette* (1933), pag. 323 e segg.; *Introduzione*, cit., pag. 2 segg. (inf. 2^a bibliografia); ARANGIO-OLIV, *Storia del dir. rom.*, (1931), pag. 277 e segg.; STAUD, *Der Politiker Diocletian* (1926), pag. 68 segg.; SCHUB, *Att. congr. intern. dir. rom.*, Roma, I, pag. 290 e segg., specie pag. 214, 218.

(77) pag. 23 segg.

(§ 4) *Ius civile-Ius gentium*: unicamente le fonti del diritto della repubblica!... non vi è traccia invece di quelle del Principato (disposizioni imperiali, senatoconsulti, editti di funzionari delegati e sottoposti all'imperatore). Io non so spiegarci la mancanza; se l'A. l'avesse colmata, avrebbe diversamente valutato, per il periodo del Principato, l'antitesi « *Ius-Lex* », antitesi ancora imponente, ma incapace di ulteriori sviluppi (78), ed avrebbe data minor importanza alla contrapposizione tra *iur* e *fas*, quel *fas* le cui vetuste prescrizioni Augusto, per ultimo, inutilmente aveva cercato ravvivare con altri riti e costumi desunti di antiche età (79).

La tendenza a configurare il presente secondo schemi anteriori è visibile pure nella trattazione della nullità ed annullabilità, riferita esclusivamente alla contrapposizione tra diritto civile ed onorario ed alla relativa interpretazione giurisprudenziale (80), laddove invece le nuove fonti di diritto su ricordate prima, e poi la legislazione assolutistica del Principato e la criminalistica del Basso Impero modificarono profonda-

(78) Non a caso, credo, ma piuttosto per l'impossibilità di continuarla, fu interrotta all'incirca la ricerca di HONORATI (*Ser.*, I, pag. 435 e segg.) sulla legislazione repubblicana nell'età imperiale. Sui rapporti tra *consuetudine*, *desuetudine* e *lex* in dir. classico, v. in ultimo SCHULZ, *Principles cit.*, pag. 9 e segg.; ma ho forti dubbi sull'esattezza della tesi anche da lui affermata, che cioè la *desuetudine* non avesse la forza di abrogare la *lex*.

Forti riserve si espongono anche di fronte alle affermazioni di BORDO, *Prospettive romanistiche*, 1933 sui rapporti tra *iur civile*, *iur honorarium* e *iur extra ordinem*: KRUEGER, *Ser.*, Z, 54 (1934), 298 seg.; v. OYER, *Tijds. v. Re.gesch.*, 13 (1934) 109 seg.

(79) V. *Max. Asper*, VIII, §§ 12-13; e, sulla restaurazione del culto, BRUNZ, *Bornes*, LXV (1929), pag. 385 e segg.

(80) Pag. 236 e segg.

mente la teoria e le sue applicazioni: il tema attende ancora un esame approfondito (81).

Ho detto configurare il presente secondo schemi anteriori; ricordo un'altra opera impostata tutta ed esclusivamente sulle ombre del passato, ombre che si proiettano gigantesche sullo svolgimento posteriore e ne impediscono una visione chiara; un'opera anche più bella, animata da un senso storico unico, vivente: « *Il diritto di famiglia* » di Bonfante (82).

Essa, è noto, è divisa in tre parti: la famiglia romana, la società domestica o famiglia naturale, la tutela e la cura. Non discuto qui la teoria di Bonfante, avvincente e poderosa, sulla originaria qualificazione politica della *familia* e della *potestas*: essa può coglier nel vero se riferita ad epoca remotissima (in cui del resto avrebbe un significato diverso da quello corrente), ma tutti gli istituti caratteristici della *familia* politica erano certo gravemente alterati o totalmente snaturati nell'ultimo periodo repubblicano, o, al più tardi, sotto il Principato: così ad es. l'adozione, la *conventio in manum*, la *mancipii causa*, la tutela; ce lo insegna proprio Bonfante (83).

(81) Per un caso particolare (violenza morale), LANGE, *Bull. int. dir. rom.*, 42 (1934) specie pag. 123 e segg.

(82) 1926.

(83) Per l'adozione, pag. 22 e segg.; v. JOHNS-KUKKEL, *ibid.*, pag. 295^a contro l'interpolazione sospettata da ALBERTARIO (*Mat. Pappulian-Arch. pier.*, 112 (1934), pag. 167 e segg.). Per la *conventio in manum*, pag. 55 e segg. (MANNING afferma che la *manus* cessò fine al IV sec. ma ignora BONFANTE; cfr. *Manus in Paup. Roman.*, *Rechtsgesch.*, XIV (1930) 1281 seg.). Per la *mancipii causa*, pag. 128 e segg. V. anche ARANGIO-RUIZ, *Bull. di dir. rom.*, 1934, pag. 472; JOHNS-KUKKEL, *ibid.*, pag. 290. Per la tutela muliebre, pag. 410 e segg.; per quella degli impuberi — e tralascio la originaria connessione tra erede e tutore (v. in seguito n. 87) — basta pensare all'introduzione del *Volldig* di garbo per i tutori testamentari, all'abolizione del-

Perché impostare allora un'esposizione riflettente il diritto classico e il giustiniano su una contrapposizione quasi totalmente o del tutto superata? Se fin dall'epoca storica l'autitesi non è più operante, essa non esaurisce — e quindi non illumina completamente — la concezione della *familia*; così ad es. le stesse norme di *ius civile* sulle donazioni tra coniugi (84), sugli sponsali, sulla dote, non ne ricevono spiegazione; l'autitesi non illumina poi affatto l'evoluzione e la trasformazione della cosiddetta *familia* naturale (85). Ancora, la trattazione separata della tutela e della cura è giustificata col rilievo che, in epoca giustiniana, queste furono completamente alterate dallo spirito nuovo (86); è un ragionamento non convincente: a quel tempo tutti gli istituti avevano subite profonde trasformazioni. D'altro lato, la connessione antichissima tra tutela, cura e *potestas* familiare è sufficientemente sicura (le posteriori ricerche di Solazzi lo hanno ancor meglio dimostrato) (87). Il vero è che ogni epoca parla una diversa lingua e presenta propri problemi, che non possono nemmeno scorgersi se

l'ha loro ossia *tutela* ed alle numerose limitazioni ai poteri dei tutori legittimi introdotta in epoca classica: cfr. XXIII e segg.; cfr. SOLAZZI, *ibid.*, fascicoli (1930) pag. 1 e segg.; pag. 25 e segg.; pag. 100 e segg.

(84) Su cui DEMONY, *Les donations entre époux en dr. rom.* e la recensione di KAREN, *Z. f. Savigny-Stift.*, 56 (1930), pagina 611 e segg.

(85) E cioè, in definitiva, in storia della famiglia dall'epoca di Augusto a quella di Giustiniano.

(86) Prefazione, 3.

(87) Nell'antica connessione tra eredità e tutela, e in varie forme, SOLAZZI (in ultimo) *Dir. successorio rom.*, I, (1932), pag. 125 e segg.; ARANGIO-RUIZ, *Ann. R. Acad. Napoli* 25, (1931), 126 seg.; bibliografia completa JOHNS-KUKKEL, *ibid.*, pagina 298^a; aggiungi BIONDI, *Dir. ereditaria* (1934) 38 seg.

si tien l'occhio fisso a quelli di periodi precedenti (88): ciò però non significa negare o trascurare il passato (specie le indagini sugli istituti antichissimi) che allora, e per ragione inversa, si avrebbe un'imperfetta visione dell'epoca esaminata. È quella una verità elementare, ma a volte trascurata. Ne ho additato un nuovo esempio in un'indagine in corso, sulla dote (89), nella quale cerco illustrare le diverse progressive esigenze che successivamente ne informarono la disciplina: la dote fu regolata anzitutto in favor della moglie, pur valutandosi i bisogni del marito; fu poi protetta in sé e per sé, come bene familiare sottratta alla libera disponibilità dei coniugi, in connessione con la legislazione augustea, ma superandola; in seguito fu disciplinata anche in favore dei figli superstiti alla madre.

Torno all'opera di Bonfante; essa supera gli appunti metodici su rilevati, unicamente in grazia del profondo, finissimo senso storico, dell'ampiezza sovrana di vedute, pregi di quel gran signore della nostra scienza che fu Pietro Bonfante; nondimeno, anch'egli subì qualche leggero influsso della tendenza arcadizzante e il suo lavoro presenta qualche zona smorta; cito due esempi (gli unici che io sappia rilevare): la lacuna nell'esposizione della gestione tutoria, la cui trasformazione, da dominicale a rappresentativa, è appena delineata (90); la esposizione della famiglia giustiniana, esclusivamente dommatica,

(88) Un'indagine, mirabile per la piena rispondenza a quest'esigenza è, ad es., quella di ARANGIO-ROIZ, *Applicazione del dir. giustiniano in Egitto*, in *Atti* I, (1929) pag. 21 e segg.

(89) Comunicata in ante al IV congresso Naz. di St. romani (ottobre 1935).

(90) Pag. 443.

quasi pandettistica, la cui schematica sobrietà contrasta con la vivente e colorita descrizione della famiglia repubblicana e classica (91). Eppure Bonfante, fu, dei romanisti moderni, il maggior difensore e il miglior conoscitore della legislazione giustiniana (92).

Una visione più comprensiva della legislazione classica e postclassica imporrà lo studio di infiniti problemi trascurati; ricordo, tra gli altri: la responsabilità dei funzionari imperiali — indagine basilare per spiegare il funzionamento della amministrazione imperiale romana, organismo modernamente perfetto e grandioso (93); nel campo del diritto privato: lo studio dei rapporti connessi col *domicilium* e l'*origo* (in tutti i manuali moderni ne manca perfino la definizione (94), ed è lacuna singolare di fronte a quanto se ne trova nelle vecchie pandette) (95),

(91) V. da un lato, pag. 39 e segg. (la donna nella vita romana), pag. 69 e segg. (*patria potestas*), pag. 407 e segg. (testa muliebri), e dall'altro, per dir. giustiniano, pag. 26 e segg. (adozione), pag. 83 e segg., pag. 103 e segg. (*patria potestas*).

(92) V. retro n. 50.

(93) *Account general*: KUBERKE *art. Magistratus in Papyria-Wissens, Realencycl.* XIV (1929), pag. 428 e segg., e mihi in *St. in memoria di Bolla*, pag. 103 e segg.; osservazioni particolari: VITELLI, *Dir. in onore di Landro*, (1935), pag. 22 e segg.; e, ultimo, MARTIN, *Hist. adula, de l'Égypte gr.-rom.*, *Mém. Repr. x. Pap. form.* 19 (1934), pag. 125 e segg.

(94) Così ad es. ARANGIO-ROIZ, *Istit. cit.*; PANDOLFI, *Istit. di dir. rom.* (1935); JORDAN-KUNKE, *cit.*; MONIER, *cit.*

(95) Ad es. PUCHA, *Pandecten* (ed. REPORETT 1863), pagina 45; VANGEROW, *Pandecten* (1876), I, pag. 41 (ivi ampia bibliografia); ARANGIO-ROIZ, *Pandecten* (1882), I, pag. 40 (con ulteriore bibliografia). Dei manuali recenti, se fa cenno solo BONFANTE, *Istit. di dir. rom.*, (1933), pag. 62. L'indagine di THOMAS, *Riv. di St. e dir.*, NS. 7 (1932), pag. 135 e segg. è manifestamente inadeguata.

le indagini sulla transazione (96), sulla *divisio inter liberos* (97), su singoli concetti generali (98) (ne esistono soltanto su alcuni criteri di responsabilità); nel campo del processo: la storia del gravami (99), la competenza (100). Un'approfondita illustrazione ne è sempre mancata, credo, per la scarsa propensione ad immedesimarsi nello spirito della legislazione imperiale. Eppure la monarchia non creò soltanto un nuovo diritto pubblico, ma modificò continuamente e profondamente tutti gli istituti di diritto privato: il sempre maggior intervento dello stato nella loro disciplina è un aspetto esteriore di tale politica, già da molti rilevato (101).

Non ricordo il problema del diritto comparato antico perchè, a mio avviso, il romanista deve studiare gli altri diritti dell'antichità solo in quanto siano in connessione col romano, influenzino cioè su di esso o ne siano influenzati (102); e il diritto romano fu certo profondamente trasformato da quelli e dalle relative dottrine di scuole (103).

(96) BERTOLINI, *Della transazione*, 1900.

(97) Foché, ma anche indagini, RANKE, *Festschr.*, 2. 48 *Festschr. d. Arch. Pöhl.*, 1907, pag. 576 e segg.

(98) Alcuni finissimi rilievi in SCHULZ, *Principien*, cit., ed. ss. sulla libertà (pag. 95 e segg.).

(99) BRONDI, *St. in essere di Bonfante*, 1, pag. 91 e segg.; *Boll. int. dir. rom.*, 42 (1931), pag. 408 e segg. espone osservazioni acute, ma non complete né conclusive.

(100) V. cenni in WAGNER, *Lehrb. d. röm. Rechtswiss.* (1925), pag. 49 e segg.; pag. 82 e segg. e in BRONDI, *Boll. cit.*, pag. 387 e segg.

(101) ALBERTARIO, *Introduzione* cit., 96 ne tratta per l'epoca postclassica e giustiniana. V. DE FRANCISCI, *Arch. giur.*, 93 (1934), pag. 150 e segg.

(102) Così anche MONIER, *Musculi* cit., I. c.; v. DE FRANCISCI, *Atti Congr. intern. dir. rom.*, Roma, 1, pag. 10 e segg.

(103) Sul dir. rom. volgare in occidente, LEVY (in ultis-

Termine richiamando la premessa: non pretendo aprire nuovi orizzonti; ho voluto soltanto e modestamente esporre il mio pensiero sui compiti immediati e sull'indirizzo seguito dalla scienza romanistica contemporanea.

mo) *Atti Congr. intern. dir. rom.*, Roma, II, pag. 29 e segg.; VOLTERRA (ivi) Bologna, I, 36 annuncia una indagine completa sul metodo delle scuole occidentali. Per le influenze orientali v. in ultimo le comunicazioni al *Congr. intern. di dir. Romano* di RANKE (Roma, I, pag. 235 e segg.); WAGNER (ivi), pag. 243 e segg.; S. NICOLÒ (pag. 255 e segg. con importanti osservazioni metodiche); TAURENSCHLAG (pag. 281 e segg.).

Da un problema molto controverso — la struttura del *ius antiquum* — v. la recente e perentoria indagine di DE MARTINO F. in *Riv. dir. navigaz.*, 1935, I, 217 seg.