

# **FORME E ITINERARI DEL DIRITTO**

Diretta da F. Fasolino, A. Lovato, F. Lucrezi

---

12



Franz Wieacker

Vom römischen Recht

Dal diritto romano

*Saggi scelti*

*Traduzione di* Filippo Bonin

*Con la collaborazione di:*

Andrea Lovato, Sergio Alessandrì, Aurelio Arnese

Pasqua Cantarone, Maria Casola, Anna De Francesco

Yuri González Roldán, Daniele Vittorio Piacente, Pia Starace



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2024 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1216-0

ISBN/EAN 979-12-211-6147-2 (ebook)

*Titolo originale:*

Franz Wieacker, *Vom römischen Recht. Zehn Versuche*, seconda edizione  
Koehler Verlag, Stuttgart, 1961.

*La presente pubblicazione è stata realizzata con i fondi inerenti al Progetto di ricerca PRIN 2017 dal titolo: "Visioni criminali dall'antico: crimini e pene nello specchio della letteratura tra esperienze e deformazioni". Fondi erogati dal MUR codice CUP H98D19001950006.*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## INDICE

|                                  |             |
|----------------------------------|-------------|
|                                  | <i>pag.</i> |
| <i>Presentazione</i> (A. Lovato) | IX          |
| <i>Premessa</i> (F. Bonin)       | XI          |

## INTRODUZIONE

F. BONIN

|  |   |
|--|---|
| Romanità, diritto e pensiero antico nella tradizione europea | 3 |
|--|---|

## TRADUZIONE

|                              |    |
|------------------------------|----|
| Romanità e diritto romano    | 33 |
| Il giurista romano           | 55 |
| L'Europa e il diritto romano | 99 |

**CONTRIBUTI**

A. ARNESE

Brevi osservazioni su *disputatio fori* e  
giurisprudenza 125

M. CASOLA

Brevi note a margine del rapporto tra  
'giuridico' e 'non giuridico' 143

A. DE FRANCESCO

La 'realtà storica' del giurista romano.  
Note in margine a un dialogo tra maestri 157

Y. GONZÁLEZ ROLDÁN

Considerazioni minime sulla  
*Regularjurisprudenz* 171

D.V. PIACENTE

Dal 'collasso' alla giurisprudenza umanistica 191

P. STARACE

Tra fungibilità e infungibilità dei giuristi  
romani: echi di Schulz e oscillazioni di  
Wieacker 201

**CONCLUSIONI**

A. LOVATO

Tradizione come 'modello' per l'uomo  
e il giurista romano

225

*Indice analitico* (F. Bonin)

245



## **CONCLUSIONI**



**Andrea Lovato**

**TRADIZIONE COME 'MODELLO'**  
**PER L'UOMO E IL GIURISTA ROMANO**

Sommario: 1. Due metafore significative. – 2. Una funzione esemplare. – 3. Il valore della tradizione.

### **1. Due metafore significative**

La metafora dell'anatra che s'immerge nell'acqua di una palude per poi riaffiorare in superficie nacque, com'è noto, in una conversazione tra Goethe, allora ottantenne, e Johann Peter Eckermann, che di anni ne aveva trentasette<sup>1</sup>. Era il 6 aprile del 1829. L'anatra simboleggiava il diritto romano, che continua a vivere anche celandosi alla vista dell'uomo, si nasconde ma non si perde, rivelandosi sempre capace di risuscitare con pieno vigore. In tal modo Goethe rappresentava poeticamente il ruolo svolto dal diritto romano in differenti contesti storici e culturali, nel solco della grande tradizione giuridica europea<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. J.P. ECKERMANN (2008), p. 265.

<sup>2</sup> M. BRETONE (2004<sup>6</sup>), p. 137, sottolinea come l'anatra' romanisti-

Da quasi due secoli, la celebre metafora attraversa il pensiero e le pagine di molti studiosi. Fra costoro, Franz Wieacker, che ne coglie, con il consueto acume, la più intima essenza. Un'immagine «lapidaria» e «ilare», egli osserva<sup>3</sup>, ma in grado di marcare con chiarezza uno dei caratteri precipui del diritto romano nel suo sviluppo storico: la sua 'invisibilità' solo apparente e momentanea, nella misura in cui, oltre i ristretti ambiti del tecnicismo giuridico, è stato tanto resistente e penetrante, da plasmare in modo indelebile l'etica e la società dell'Occidente: il documento forse meno amabile e appagante, ma certamente il «... più potente della meravigliosa sopravvivenza dell'antichità nel nostro mondo»<sup>4</sup>.

Già da questa breve riflessione si comprende come la visione di Wieacker, in ordine al valore e alla funzione della storia giuridica, vada ben oltre l'idea di un lascito inteso esclusivamente come trasmissione di un patrimonio composto da nozioni, concetti, istituti giuridici. L'eredità lasciata dalla storia del diritto romano è soprattutto di carattere spirituale, e riflette il modo di essere più autentico e profondo di un ceto di esperti totalmente immersi nella realtà storica e politica del loro tempo: perciò il diritto romano è essenzialmente «diritto di giuristi»<sup>5</sup>, scrive lo studioso, e si fonda sull'attività precipua dell'interpretazione. Il loro modo di pensare s'innerva nel passato, attingendovi continuamente nuova linfa.

Alla pari degli oratori, i giuristi romani sono immersi nella propria tradizione. La loro ottica è animata dalla

---

ca di goethiana memoria abbia assunto, da Carl Schmitt in poi, la forma definitiva di una scienza giuridica europea. Significative riflessioni sul valore attuale della metafora in L. PEPPE (2012), p. 11 ss.

<sup>3</sup> V. *supra* p. 99.

<sup>4</sup> V. *supra* p. 99.

<sup>5</sup> V. *supra* pp. 56, 85.

consapevolezza che una riflessione anche lontana nel tempo è pronta a divenire, al momento giusto, parte integrante del presente. Negli scritti dei *prudentes* si manifesta di continuo un atteggiamento di dialogo, di confronto con ciò che è 'antico', in un orizzonte in cui la distanza temporale si fa irrilevante. Perciò, quando Wieacker pone l'interrogativo se sia possibile cogliere l'immagine del giurista romano senza lasciarsi influenzare dalla tradizione<sup>6</sup>, si tratta – è ovvio – soltanto di una domanda retorica. Tuttavia, egli non sta pensando solo a una tradizione tecnico-specialistica, composta da pareri e valutazioni giuridiche su problemi e casi della vita, intorno ai quali, nel solco di posizioni talvolta risalenti a secoli prima, questi esperti lavoravano *cottidie*<sup>7</sup>. Il suo ragionamento è più ampio. Il tradizionalismo e il ritualismo dell'antico *ius civile* corri-

---

<sup>6</sup> V. *supra* p. 56.

<sup>7</sup> Così si esprime un noto testo ulpiano (D. 33.7.12.27, 20 *ad Sab.*), a proposito della nozione di *fundus instructus* quale oggetto di legato: *Sed si fundus non sit cum instrumento legatus, sed ita ut instructus sit, quaesitum est, an plus contineatur, quam si cum instrumento legatus esset. Et Sabinus libris ad Vitellium scribit fatendum esse plus esse, cum instructus fundus legetur, quam si cum instrumento: quam sententiam cottidie increscere et invalescere videmus.* (...). Per il tramite della citazione del parere di Sabino condiviso da Ulpiano (*quam sententiam cottidie increscere et invalescere videmus*), si afferma l'idea che giorno dopo giorno, nell'uso quotidiano del diritto, vi può essere l'opinione di un giurista che prende corpo, magari su un dettaglio, per poi (eventualmente) rafforzarsi e sedimentarsi nella riflessione di altri specialisti. Un altro frammento interessante in merito è il testo pomponiano riportato in D. 1.2.2.13, *l. sing. ench.*: *... constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.* Nelle mani degli esperti il diritto è una realtà in continuo movimento, e quel moto si autoalimenta nel tempo: il giureconsulto antico ne è l'artefice pienamente consapevole. Per C.A. CANNATA (2003), p. 42, «... sono i giuristi a determinare la novità quotidiana».

spondono «... all'antico atteggiamento romano nei confronti della vita»<sup>8</sup>; ne fanno parte «... un sobrio senso della realtà e la limitatezza della visione intellettuale...»<sup>9</sup>.

Tale prospettiva è vicina a quella espressa, qualche decennio prima, da Fritz Schulz. Il capitolo dei *Prinzipien* dedicato alla tradizione si apre con un'immagine di rara bellezza sull'indole dell'uomo romano: il quale, tanto nelle circostanze gravi della vita quanto in quelle liete, appare legato al costume dei padri, vi si richiama volentieri, si sente tranquillo e al sicuro quando vi si attiene: allontanarsene è cosa pericolosa, al punto che l'espressione *novarum rerum cupidus* equivale a «rivoluzionario»<sup>10</sup>. Ciò vale nonostante l'obbligatorietà dei precetti impartiti, che stringono i romani in una rete di vincoli, del cui spessore e solidità l'uomo isolato della civiltà moderna riesce difficilmente a farsi un'idea esatta<sup>11</sup>.

Anche tra gli autori antichi circolavano rappresentazioni tendenti ad esaltare il valore del passato. Una di esse appartiene a una pagina ciceroniana, in cui, per mezzo di un interrogativo retorico che affiora nell'*Orator*, si esprime a chiare lettere l'ottica – e direi anche il sentimento – dei romani nell'accostarsi alle proprie tradizioni:

quid enim aetas hominis, nisi ea memoria rerum veterum cum superiorum aetate contextitur?<sup>12</sup>.

«Cos'è la vita di un uomo, se non s'intreccia, attraverso la memoria delle cose antiche, con l'età dei padri»? Il nesso inscindibile con il tempo che fu non riguarda soltanto

<sup>8</sup> V. *supra* p. 65.

<sup>9</sup> V. *supra* p. 55.

<sup>10</sup> F. SCHULZ (1946), p. 74.

<sup>11</sup> F. SCHULZ (1946), p. 18.

<sup>12</sup> Cic. *Orat.* 34.120.

la dimensione giuridica, e Wieacker ne ha piena consapevolezza:

«... la romanità rimase determinata dall'obbedienza incondizionata ai dettami del passato e dall'esigenza di una realtà tangibile. A ciò si deve la durata del suo ordinamento statale e giuridico, quel non dover sempre ricominciare daccapo, che fu la maledizione dei popoli più dotati (...) a ciò si devono l'istintiva comprensione e uso dell'ordine del tempo e dello spazio...»<sup>13</sup>.

I concetti di «istintiva comprensione e uso dell'ordine del tempo e dello spazio» acquistano un significato peculiare in relazione ai metodi di lavoro dei giuristi romani. Nello spazio, perché non di rado i loro ragionamenti si muovono in una dimensione internazionale, alle prese con questioni di diritto che vanno ben oltre l'ambito cittadino; nel tempo, perché il loro orizzonte speculativo riceve continuamente energia vitale dal pensiero – sovente controverso – di altri esperti, seppure spesso defunti, ma tutti legati da un comune travaglio spirituale e da un medesimo bagaglio tecnico-scientifico.

La morte fisica dei suoi cultori non interrompe mai una vera tradizione, la cui forza intrinseca è nell'aspirazione ad essere 'perenne': e così come nel Digesto *perennis* individua una qualità del movimento fisico, ossia il moto ininterrotto di una forza naturale come l'acqua<sup>14</sup> – perciò è perenne il *flumen publicum* «poiché fluisce in perpetuo» (*quod semper fluat*<sup>15</sup>) – allo stesso modo il 'fiume' costituisce la giusta immagine per rendere il senso di un patrimonio intellettuale (scientifico, letterario o di altra natura) proveniente da lontano e trasmesso ai posteri, capace

---

<sup>13</sup> V. *supra* p. 38.

<sup>14</sup> D. 43.20.1.5, Ulp. 70 *ad ed.*

<sup>15</sup> D. 43.12.1.2, Ulp. 68 *ad ed.*

di attraversare un arco temporale che può anche essere di secoli o millenni. Non a caso, alla metafora del fiume fece ricorso Paul Maas con riguardo alla tradizione manoscritta: la quale, nonostante le sue incertezze e difficoltà, è paragonabile a un corso d'acqua che, durante il percorso (ora sotterraneo ora in superficie), perde il colore genuino ricevendo nuova acqua da affluenti e filtrazioni del terreno<sup>16</sup>.

Ben oltre il diritto, al fondamento di ogni tradizione s'incarna il *mos maiorum*. «Principio valoriale più che virtù o concetto giuridico»<sup>17</sup>, scrive Wieacker, esso costituisce un legame con gli antenati, «... che è il vincolo più saldo dell'anima romana»<sup>18</sup>. Discostarsene si trasforma in

---

<sup>16</sup> P. MAAS (1972<sup>3</sup>), pp. 26-27: «Un torrente nasce sottoterra sotto la vetta di un monte inaccessibile. Esso si divide in rami sotterranei, i rami si ramificano a loro volta, e alcuni di questi compaiono sul pendio del monte in sorgenti alla superficie della terra; l'acqua di queste sorgenti subito di nuovo scompare sottoterra e può ancora più volte comparire alla superficie in luoghi più bassi e qui finalmente continuare a scorrere visibile. L'acqua fin dall'origine ha colori sempre cangianti, ma belli e puri; essa passa, scorrendo sottoterra, per più luoghi nei quali di tempo in tempo vengono ad affluire nell'acqua materie che ne alterano il colore: lo stesso avviene per ogni ramificazione e per ogni sorgente che appare alla superficie. Ogni afflusso d'acqua cambia il colore del fiume per un tratto, e questo tratto conserva durevolmente questo colore; soltanto deboli alterazioni di colore si perdono, perché in tal caso le acque si purificano da sé stesse nel loro corso. Al nostro occhio l'acqua che ha cambiato colore per nuovi afflussi si distingue sempre da quella originaria, ma solo qualche volta si distingue in tal modo che l'occhio subito riconosca che l'alterazione è dovuta a nuovi afflussi; spesso si distingue soltanto in maniera che è percepibile solo una differenza del colore di diverse sorgenti. Invece l'analisi chimica il più delle volte può determinare gli elementi impuri e spesso può ottenere di nuovo il colore originario, qualche volta peraltro neppure essa può ottenerlo. Scopo della ricerca è esaminare la genuinità dei colori fondandosi sulle sorgenti».

<sup>17</sup> V. *supra* p. 48.

<sup>18</sup> V. *supra* p. 48.

male<sup>19</sup>. Nella vita giuridica il dominio del *mos maiorum* si avverte, fra l'altro, nella propensione a insistere sugli istituti tramandati – oltre che nel timore per le innovazioni arbitrarie – e rappresenta «lo sfondo mentale dell'antico formalismo civile...»<sup>20</sup>. L'attaccamento al costume degli antichi, si legge poche pagine prima, implica una silenziosa superiorità da un lato, spirito di subordinazione spontanea dall'altro, e accomuna contadini, mercanti e soldati «... in quanto uomini della realtà»<sup>21</sup>.

Ciò vale, a maggior ragione, per i giuristi: esperti che scavavano in profondità nella realtà del loro tempo, in una prospettiva specialistica. Se a Wieacker appare inaccettabile, in generale, l'idea di Savigny sulla fungibilità dei giuristi<sup>22</sup>, ne condivide però un profilo specifico, relativo ai loro metodi di lavoro. Da tale punto di vista, costoro rivelano «... un'esistenza tipizzata»; perciò si ha ragione di parlare del 'giurista romano' al singolare<sup>23</sup>. Ma cosa si intende per 'metodi di lavoro'? Lo studioso punta l'attenzione sul carattere 'problematico' della giurisprudenza romana: ed è su questo aspetto che si coglie la trama sottile di un flusso di pensiero, e di metodi, in grado di unire intere generazioni di esperti.

«Il ragionamento non sfocia (come nell'odierna rappresentazione giuridica) in conclusioni deduttive procedendo da pro-

---

<sup>19</sup> V. *supra* p. 48.

<sup>20</sup> V. *supra* p. 48.

<sup>21</sup> V. *supra* p. 35.

<sup>22</sup> V. *supra* p. 56. Inoltre, a p. 57 Wieacker poneva in rilievo quella che efficacemente chiamava «l'individualità spirituale» dei giuristi romani, citando la chiarezza riflessiva di Giuliano, l'originalità collerica e agitata di Celso, la tensione morale e la sottigliezza concisa di Papiniano.

<sup>23</sup> V. *supra* p. 57.

posizioni principali e maggiori a clausole singole, ma si sviluppa ciclicamente, per aree problematiche; può dare come presupposte tappe logiche o addirittura saltarle, procedere per passaggi multipli, ritornare ai punti di partenza. Questo stile è reso ancora più pronunciato dal fatto che anche le dottrine più antiche non sono inserite in un contesto deduttivo, ma sono assunte come autorità – per cui, in accordo con il carattere tradizionale della giurisprudenza, si fa spesso riferimento bruscamente ai precedenti livelli di discussione»<sup>24</sup>.

## 2. Una funzione esemplare

In parecchie pagine Wieacker si sofferma su una peculiare concezione dei giuristi romani: lungi dall'essere il risultato di una progettualità razionale e autoritativa (lo sarà più tardi con le codificazioni), il diritto è visto come «stile di vita tramandato» e «tradizione non scritta»<sup>25</sup>, tanto immanente e vivificante da connettersi con la peculiarità più intima della romanità<sup>26</sup>. La tradizione è un 'modello', in quanto ad essa si rivolge di continuo l'esperto nel suo lavoro quotidiano, ad essa attinge costantemente; perciò, quando Wieacker osserva, a proposito della figura del giurista, che «tutti i processi speculativi di tessitura del diritto romano sono nelle sue mani»<sup>27</sup>, non fa che condensare in poche, lapidarie parole una verità inconfutabile, che ancora oggi desta la nostra ammirazione.

Ma approfondiamo il senso di una tradizione concepita come 'modello'. In un punto importante del libro leggiamo che, lungi dall'essere guidato da idee generali – come accade presso i popoli più fantasiosi, specie quelli mo-

---

<sup>24</sup> V. *supra* pp. 87-88.

<sup>25</sup> V. *supra* p. 41.

<sup>26</sup> V. *supra* p. 54.

<sup>27</sup> V. *supra* p. 61.

derni (si avverte qui una sottile ironia) – l'uomo romano ritrova nel parere del giurista il precetto per il suo comportamento. Sarebbe antiromano chiedersi se una decisione sia giusta in sé stessa, qualora essa risulti sostenuta dalla forza, ben più potente, della *constans interpretatio iuris civilis*<sup>28</sup>. A quest'uomo la tradizione parla in modo molto più persuasivo di quanto possa farlo la ragione giuridica generale o una generica ricerca dell'equità<sup>29</sup>. Perciò il giureconsulto è chiamato a svolgere un'opera di mediazione tra un'eredità proveniente dal passato, di cui è interprete autorevolissimo, e i suoi concittadini. Tale visione si fonda su un 'modello' che gli assegna un compito preciso: quello di essere depositario di una sapienza antica, da trasmettere non solo ai posteri ma anche ai contemporanei.

Si tratta di una prospettiva che si avverte pure in altre pagine di Wieacker. Una frase particolarmente significativa è la seguente: «una tradizione duratura presuppone un legame tra le generazioni, cioè una persistente consapevolezza di 'ceto'»<sup>30</sup>. Si pone qui un'equazione tra due concetti radicati nell'ottica romana: da un lato, la trasmissione di un prezioso retaggio dalle precedenti alle nuove generazioni, dall'altro, la convinzione che ciò possa avvenire solo grazie all'opera di una ristretta *élite* di specialisti, consapevoli della propria appartenenza di ceto e del dovere di diffondere, in chiave esemplare, una serie di principi, precetti, valori forgiati in tempi lontani. L'autorevolezza del giurista riposa sulla profonda condivisione sociale della necessità della sua funzione, pur nello scorrere incessante delle epoche<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> V. *supra* p. 77.

<sup>29</sup> V. *supra* p. 77.

<sup>30</sup> V. *supra* p. 63.

<sup>31</sup> V. *supra* pp. 47 ss.

La grandezza del passato resiste anche dinanzi all'incapacità di comprenderne a pieno i contenuti. Il testo di un giurista di età antonina, Salvio Giuliano, si esprime a chiare lettere: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest* (D. 1.3.20, 55 dig.). «Non di tutto ciò che è stato deciso dagli antenati si può restituire la ragione»<sup>32</sup>. La tradizione non è interamente spiegabile e risolvibile nei termini della ragione del presente<sup>33</sup>.

Qualche decennio prima, un altro giureconsulto, Nerazio, non si era fermato a tale lucida constatazione, ma si era espresso in termini più incisivi mediante un avvertimento preciso: *Et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur* (D. 1.3.21, 6 membr.). «Non è perciò opportuno indagare sulle ragioni delle cose che furono stabilite, altrimenti molte di queste si sovvertono»<sup>34</sup>.

Nell'opera di costruzione del titolo appartenente al primo libro dei *Digesta* – dedicato a leggi, senatoconsulti e consuetudine – i giustinianeî collocarono i due frammenti in modo da presentare il contenuto dell'ultimo come deduzione logica da quello che precede, cosicché l'avverbio *ideo* potrebbe essere frutto di un'aggiunta compilatoria, tesa a comunicare l'idea della consequenzialità fra la prima e la seconda frase. Wieacker lo avverte, notando che la forma linguistica di questo e del precedente passaggio non è esente da dubbi<sup>35</sup>. Ma in ogni caso, pur senza attribuirvi una portata generale, emerge da questi brani l'ottica con

<sup>32</sup> La traduzione di Wieacker è lievemente diversa: «Non per ogni affermazione degli antenati può essere individuata una *ratio*».

<sup>33</sup> Così A. SCHIAVONE (2017<sup>2</sup>), pp. 361-362.

<sup>34</sup> D. NÖRR (1981), p. 27, ne esplica il contenuto parlando dell'opportunità di interrompere al tempo debito la ricerca dei fondamenti, perché altrimenti si minaccerebbe di destabilizzare l'ordinamento giuridico.

<sup>35</sup> V. *supra* p. 74 nt. 11.

cui i giuristi romani guardavano alla propria tradizione: trascurarla, ignorarla, avrebbe significato sovvertire l'ordine stabilito e smarrire il concetto stesso di *ius*. Tant'è che Wieacker spiega il senso del pensiero di Nerazio, scrivendo che «... se per prima cosa si mette in discussione il significato di una proposizione giuridica, si capovolge molto di ciò che è assiomatico»<sup>36</sup>.

Tale convincimento non riguarda però soltanto la sfera giuridica. È più ampio. Il precetto della tradizione ai posteri s'impone in qualsiasi sapere specialistico<sup>37</sup>, scrive Wieacker, quale espressione di una saggezza patriarcale «condensata e potente come una massima, una regola meteorologica o una ricetta, per le quali l'antico sentimento romano ha una simile predilezione»<sup>38</sup>. Si può aggiungere che in ogni disciplina scientifica vi sono processi di elaborazione intellettuale in grado di sviluppare risultati originali partendo dal patrimonio tramandato, su cui gli esperti lavorano con metodi peculiari. A quelli dei giuristi romani Wieacker dedica ampio spazio nelle sue pagine; in particolare, su due profili intendo soffermarmi.

Il primo concerne il concetto di 'regola' enunciato da Giulio Paolo in un testo famoso, riportato in D. 50.17.1, 16 *ad Plautium*. Il giurista di età severiana esordisce affermando che la regola è ciò che descrive brevemente «la cosa che è». Ma a noi interessa soprattutto il prosieguo: «non dalla regola si ricava il diritto, ma dal diritto esistente promana la regola» (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*). Lungi dal costituire un mondo di regole cristallizzate da cui trarre la norma applicabile, è dal diritto nel suo 'farsi' quotidiano che si desume la regola: la quale tuttavia – e tale indicazione di metodo è di

---

<sup>36</sup> V. *supra* p. 74.

<sup>37</sup> V. *supra* p. 70.

<sup>38</sup> V. *supra* p. 70.

estrema importanza – non può mai divenire una proposizione normativa, perché per il suo tramite si trasmette solo una breve descrizione delle cose (*brevis rerum narratio*). Ritorna anche qui l'idea della tradizione come 'trasmissione' per il tramite del verbo *tradere*: *per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*. Subito dopo Paolo, citando Sabino, assimila la regola a una *causae coniectio*, a una sintesi della questione che – non appena appaia viziata in qualche punto – perde la sua funzione (... *ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum*).

Mi sono soffermato sul brano, fin troppo noto e discusso, per la ragione che è lo stesso Wieacker a collegarlo ai due testi (di Giuliano e di Nerazio), da lui menzionati poco prima. Egli parla qui di «... un classico monito contro ogni giurisprudenza concettuale»<sup>39</sup>. Il filo sottile individuato, a mio avviso, dallo studioso, e che lega questi frammenti, sta nello svelare un carattere specifico della tradizione nell'ottica romana: un'eredità composta non da proposizioni statiche e immutabili – tra le quali alcune ormai incomprensibili per la loro appartenenza al tempo che fu – ma da un insieme di valori da penetrare e interpretare nel loro contesto e nella loro peculiarità, sempre da rispettare persino se indecifrabili; e in ogni caso, le regole sono viste come frutto di un'attività di compendio, che non può e non deve sostituirsi alla indagine storica, al fine di individuare l'essenza di precetti affermatasi in passato. Altrimenti, facilmente le regole potrebbero perdere il loro *officium*.

Il secondo profilo si riferisce a quella che Schulz chiama l'arte del 'separare', definendola una «speciale vocazione giuridica dei romani»<sup>40</sup>. Com'è noto, all'*Isolierung*

---

<sup>39</sup> V. *supra* p. 74.

<sup>40</sup> F. SCHULZ (1946), p. 16.

quale carattere distintivo del pensiero giurisprudenziale (ma più in generale dell'ottica romana), Schulz dedicò un intero capitolo dei *Prinzipien*<sup>41</sup>, ponendo in rilievo come i giuristi, non appena superata l'età arcaica, procedessero distinguendo il diritto dal non diritto, ossia escludendo dalla loro esposizione scientifica il mondo extragiuridico<sup>42</sup>. Anche la tradizione procede per 'isolamento'. Wieacker ricorda l'episodio narrato da Gellio (II 2 §§ 9, 13), riguardante il caso del giovane console ancora sottoposto alla potestà paterna (perciò *alieni iuris*), che aveva incontrato il padre per strada. Costui era a cavallo, il figlio a piedi: ma dinanzi alla suprema carica magistratuale, il padre, come qualsiasi altro cittadino, avrebbe dovuto scendere immediatamente in segno di rispetto e obbedienza verso il console. Invece il padre tentenna e soltanto dopo un po', su ordine del littore, smonta da cavallo. A questo punto però si complimenta con il figlio per aver esercitato la potestà di comando che gli viene dal popolo. È un aneddoto significativo della mentalità romana: un console munito di *imperium*, di un enorme potere pubblico (politico, giuridico, militare), ma che in questo caso – essendo ancora vivo il padre – non aveva la capacità di compiere alcuna attività di diritto privato. Si distinguono, dunque, poteri pubblici e gerarchie familiari: due ambiti concettuali completamente diversi riferibili a differenti nozioni di *potestas*. Wieacker parla di un rigoroso isolamento di ogni potere dall'altro<sup>43</sup>: una precisa delimitazione di concetti, al fine di individuarne la reale portata.

Per i romani i concetti sorgono attraverso la riduzione e concentrazione di fatti naturali, si legge qualche pagina

---

<sup>41</sup> F. SCHULZ (1946), pp. 16-33.

<sup>42</sup> F. SCHULZ (1946), p. 21.

<sup>43</sup> V. *supra* p. 46.

prima<sup>44</sup>; in più, si afferma che la formazione intellettuale del giurista affonda le sue radici nella capacità di isolare ciò che è giuridicamente rilevante, estraendolo da eventi sociali complessi. Cosicché idee basilari come *imperium*, *obligatio*, *condicio*, lungi dall'essere semplici nozioni generali, costituiscono «elementi nettamente distinti del giuridico nel 'fatto' sociale»<sup>45</sup>. Lo stesso accade per *auctoritas*: termine che appartiene sia alla vita politica e sociale sia all'ordine costituzionale, come pure al diritto privato<sup>46</sup>, ma i suoi significati sono nettamente diversi; con riguardo al pensiero dei giuristi, *auctoritas* indica la forza speciale di opinioni giuridiche formulate da chi vantava competenze particolari e prestigio<sup>47</sup>.

Dal punto di vista della coercibilità, il concetto di 'autorevolezza' si pone agli antipodi di quello di 'potere'. L'autorevolezza esprime un valore condiviso, non imposto: il possesso di determinate virtù in alcuni soggetti fa sì che costoro appaiano autorevoli a un insieme di persone, che di quelle facoltà condivide la rilevanza. L'autorevolezza però non costituisce esclusivamente il segno distintivo di una persona; possono esserne dotati anche altri elementi o fenomeni. Uno è costituito dal decorso del tempo. Con riguardo alla sua efficacia sul diritto, Savigny scriveva che occorre riconoscere al tempo una forza 'convalidatrice': «quanto più a lungo vivono nel popolo le idee giuridiche, tanto più profondamente vi si radicano»<sup>48</sup>. Ma soltanto se lo scorrere del tempo sia valutato come un elemento 'autorevole', può generarsi e consolidarsi una tradizione; in altre parole, essa non vive d'inerzia, ma solo se e in quan-

---

<sup>44</sup> V. *supra* p. 44.

<sup>45</sup> V. *supra* p. 43.

<sup>46</sup> V. *supra* p. 47.

<sup>47</sup> V. *supra* p. 48.

<sup>48</sup> F.C. SAVIGNY (1886), p. 44.

to valutata e accettata come portatrice di energia spirituale.

### 3. Il valore della tradizione

Su quest'ultimo profilo s'innesta un problema delicato, relativo al valore che possa attribuirsi a una tradizione in qualsivoglia ambito, e in particolare in quello giuridico. Alcuni giganti del pensiero storico e filosofico moderno hanno cercato di dare una risposta; accenniamo qui alle posizioni di Savigny e di Gadamer.

È indubbio, scrive Savigny nel *Beruf*, che nel presente ci si trovi in mezzo a una mole enorme di opinioni e concetti giuridici, tramandati nei secoli e accumulati di generazione in generazione. Di questo materiale non abbiamo il possesso né la padronanza, ma ne siamo condizionati e dominati nostro malgrado; sarebbe un'illusione pensare di poter cancellare questo dominio recidendo ogni legame con la storia intrinseca del diritto. Un nesso organico lega le generazioni in maniera indissolubile<sup>49</sup>. Ciò investe in pieno il concetto stesso di tradizione giuridica. Il diritto varia incessantemente nel tempo, a volte perfino senza consapevolezza (o preoccupazione) di possibili effetti devastanti; tuttavia – nonostante il paradosso – da un punto di vista specifico il diritto potrebbe apparire il medesimo seppure nel mutare dei suoi contenuti.

Questo assunto, infatti – a prima vista senza senso – acquista forza se si guardi non al precetto in sé, ma al modo in cui i giuristi conducono le loro indagini su presupposti, ambiti applicativi, finalità di ogni normativa. Occorre concentrare lo sguardo sui profili peculiari di un metodo dalle radici antiche, proprio di un'ottica speciali-

---

<sup>49</sup> F.C. SAVIGNY (1989<sup>2</sup>), pp. 164-165.

stica e dei suoi strumenti consueti: il ragionamento, i modi dell'argomentare, le tecniche di analisi del caso e di interpretazione del problema. È attraverso la fisionomia tipica del pensiero giuridico, che la storia del diritto rivela tutto il suo spessore scientifico. Se così non fosse, si potrebbe giungere all'assurdo di immaginare una scienza piegata a contemplare unicamente le contingenze legislative del momento, e votata a mutare di continuo l'oggetto della propria attenzione secondo opportunità: una storia giuridica degradata al rango di semplice resoconto o cronaca di tali mutamenti. Solo qualora si avverta questa conclusione come errata (anzi ripugnante), si può essere in grado di percepire l'imprescindibilità di una cultura storica per la scienza giuridica, ossia di una tradizione, la quale sola consente al giurista di formare, conservare, affinare la propria identità. In tale prospettiva, oggi come ieri la giurisprudenza appare davvero espressione – in coerenza con la celebre visione di Savigny – «... di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dell'arbitrio di un legislatore»<sup>50</sup>.

A quanto precede si potrebbe aggiungere un'altra considerazione per il tramite di una riflessione gadameriana formulata in *Wahrheit und Methode*, che punta l'attenzione su ciò che è 'classico' e sulla sua indispensabilità per la conoscenza storica. Nel 'classico' si attua in maniera posente un carattere generale dell'essere storico, «... per cui esso è conservazione nel trascorrere distruttivo del tempo». Invero, prosegue il filosofo, «l'essenza universale del tramandare storico consiste proprio nel fatto che solo ciò che, del passato, si conserva come 'non passato' rende possibile la conoscenza storica»<sup>51</sup>. E qualche pagina prima si legge un pensiero che si avvicina a Savigny e alle

---

<sup>50</sup> F.C. SAVIGNY (1989<sup>2</sup>), p. 101.

<sup>51</sup> H.G. GADAMER (1989<sup>6</sup>), pp. 338-339.

precedenti riflessioni da noi svolte: ciò che è consacrato dalla storia e dall'uso è fornito di un'autorità divenuta ormai universale; la nostra 'finitezza' storica è data proprio dal fatto che anche l'autorità di ciò che ci viene tramandato, e non solo ciò che possiamo razionalmente riconoscere come valido, esercita sempre un'influenza sulle nostre azioni e sui nostri comportamenti. Ogni forma di educazione si fonda su questo<sup>52</sup>.

Anche Wieacker si pone il problema degli esiti attuali dell'imponente patrimonio tramandatoci dalla tradizione giuridica romana. Lo fa nell'ultimo dei saggi qui tradotti, dal titolo significativo *L'Europa e il diritto romano*<sup>53</sup> (che rievoca volutamente quello della nota opera di Koschaker), in cui dichiara la morte di una propedeutica civile attuata con i mezzi offerti dalla interpretazione convenzionale del *Corpus Iuris*, non essendo più il diritto romano un diritto 'naturale' europeo. Di conseguenza, aggiunge lo studioso, «... uno studente potrebbe allontanarsi dalla storia giuridica se una lezione sul 'diritto privato romano' fosse più simile alla parte generale del nostro diritto civile che a qualsiasi altra cosa romana»<sup>54</sup>. La frase è di una modernità sorprendente. Non è sul piano dell'*Applikation*, ossia inseguendo il diritto positivo sul terreno del confronto fra sistemi giuridici, che la storia del diritto otterrà mai il giusto riconoscimento. E neppure si può esplorare il passato con l'intento di trovare in esso la prefigurazione del presente: si scivolerebbe così in una sorta di 'precomprensione' destinata, nel corso dell'attività ermeneutica, a deformare l'oggetto d'indagine, con l'effetto di estrarre dal

---

<sup>52</sup> H.G. GADAMER (1989<sup>6</sup>), p. 329. Sul problema più ampio dell'educazione del giurista, da intendersi ovviamente come 'formazione', rinvio alle acute osservazioni di E. STOLFI (2018), p. 169 ss.

<sup>53</sup> V. *supra* pp. 99 ss.

<sup>54</sup> V. *supra* p. 119.

passato solo ciò che sia congeniale o che serva di ‘abbellimento’ al diritto vigente. In altre parole, non è alla «mensa dei giuspositivisti» – per richiamarci a una incisiva metafora<sup>55</sup> – che lo storico del diritto deve accomodarsi per dare un senso alla propria esistenza; semmai è vero il contrario, ossia che, costituendo il diritto e la storia un’entità unica e inscindibile, i giuspositivisti rischiano di perdere la propria identità qualora ignorino il fattore storico quale elemento intrinseco del loro campo di lavoro.

Queste riflessioni non si discostano molto dalle conclusioni del secondo saggio riportato in traduzione, *Il giurista romano*<sup>56</sup>. Wieacker si chiede qui cosa possa dirsi oggi di questa figura, e giustamente esclude che sia possibile considerarla come la quintessenza dell’ideale «senza tempo» del giurista. Piuttosto, è l’arte giuridica «creativa» in cui questi s’incarna a scolpirne in maniera indelebile l’identità, pur se «... la sua imitazione sarebbe impossibile e, in quanto esterna, nemmeno desiderabile»<sup>57</sup>. Tuttavia, la parola «vibrante» del giureconsulto antico sarà ancora in grado di parlare ai moderni, nella misura in cui costoro rivolgano lo sguardo alle condizioni che resero possibile il formarsi di un grandioso edificio giuridico; e fra queste, rivestirono un ruolo fondamentale proprio quelle che il Maestro tedesco chiama le «forze vincolanti della tradizione»<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Usata da P. CARONI (2009), p. 110.

<sup>56</sup> V. *supra* pp. 55 ss.

<sup>57</sup> V. *supra* p. 97.

<sup>58</sup> V. *supra* p. 97.

## Riferimenti bibliografici

- M. BRETONE (2004<sup>6</sup>) = M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 2004<sup>6</sup>.
- C.A. CANNATA (2003) = C.A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, in *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi principe e diritto nel primo Impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV premio romanistico «G. Boulvert»* (Copanello 11-13 giugno 1998), a cura di F. Milazzo, Napoli 2003.
- P. CARONI (2009) = P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra* (= *Die Ein-samkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München 2005 = *Una 'historia' para después del Código*, Madrid 2006), Milano 2009.
- J.P. ECKERMANN (2008) = J.P. ECKERMANN, *Conversazioni con Goethe negli ultimi anni della sua vita*, a cura di E. Ganni, trad. A. Vigliani, Torino 2008.
- H.G. GADAMER (1989<sup>6</sup>) = H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. e cura di G. Vattimo (= *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1972), Milano 1989<sup>6</sup>.
- P. MAAS (1972<sup>3</sup>) = P. MAAS, *Critica del testo*, trad. di N. Martinelli (= *Textkritik*, Oxford 1950<sup>2</sup>, 1990<sup>3</sup>), Firenze 1972<sup>3</sup>.
- D. NÖRR (1981) = D. NÖRR, *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso?*, in *BIDR* 84 (1981), pp. 9-33.
- L. PEPPE (2012) = L. PEPPE, *Usò e ri-usò del diritto romano*, Torino 2012.
- F.C. SAVIGNY (1886) = F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di V. Scialoja, 1, (= *System des heutigen*

- römischen Rechts*, 1, Berlin 1840, rist. Darmstadt 1956, Aalen 1973), Torino 1886.
- F.C. SAVIGNY (1989<sup>2</sup>) = F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in *La polemica sulla codificazione*, introd. di G. Marini, trad. di M. Peretti (= *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, in *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg 1814, 1840<sup>3</sup>), Napoli 19892, pp. 87-197.
- A. SCHIAVONE (2017<sup>2</sup>) = A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017<sup>2</sup>.
- F. SCHULZ (1946) = F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. e cura di V. Arangio-Ruiz (= *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934), Firenze 1946 (rist. anast. 1995).
- E. STOLFI (2018) = E. STOLFI, *Salvaguardare la cultura del giurista*, in AA.VV., *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, a cura di B. Pasciuta e L. Loschiavo, Roma 2018, pp. 169-180.

### **Abstract**

The aim of this essay is to examine how tradition was considered in the roman culture, especially in the legal science during its historical development.

### **Key Words**

Tradition, traditionalism, authority, roman legal science.