

IL GIURISTA EUROPEO

Collana diretta da Luigi Garofalo e Mario Talamanca

PERCORSI FORMATIVI

6

LUIGI GAROFALO

GIURISPRUDENZA ROMANA E DIRITTO PRIVATO EUROPEO



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2008

grande tradizione europea raccolto dallo studioso tedesco, abbia saputo riguadagnare lo spazio perduto, ora occupato da una miriade di centri che perennemente generano norme (tra i quali anche quelli comunitari). Norme inattese e imprevedibili, come ha scritto Natalino Irti, che rispettano soltanto le disposizioni che ne disciplinano le modalità di adozione, in ossequio a un «formalismo delle procedure» che, non recando in sé alcun contenuto, «è attraversabile da tutte le volontà, disponibile per tutti gli scopi»: che «sono e potevano non essere; che, uscite dal nulla, possono ritornare nel nulla»⁽¹¹⁵⁾. Norme, come ancora osserva Irti, sganciate da ogni presidio: «unità teologica del mondo, spirito del popolo, sacralità del potere, ordine conchiuso dei codici» suonano inveterate come espressioni non più attuali⁽¹¹⁶⁾. Norme, infine, che un'immiserita scienza giuridica riesce per lo più solo a divulgare e commentare esegeticamente, segnalando i precedenti giudiziari eventualmente intervenuti al loro riguardo⁽¹¹⁷⁾. Che essa possa rimontare il terreno ceduto, riergendosi a custode dell'unità e della coerenza del diritto, come auspicava Schmitt, molti non hanno smesso di credere e sperare: partendo ancora una volta dalla consapevolezza di ciò che nella storia dell'Europa ha rappresentato la «Wissenschaft des römischen Rechts» e ponendosi alla ricerca degli strumenti concettuali che oggi si mostrino più adeguati per la difficile conquista del rango cui deve aspirare.

⁽¹¹⁵⁾ Per Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, 13, «il gioco, purtroppo, si avvia a diventare quello delle regole in sé, e delle nuove regole che quelle appena create già postulano, in una partenogenesi sinistra e inarrestabile, la cui prima vittima – illustre, ma a quanto sembra non particolarmente rimpianta – è proprio il diritto, naturale o positivo che sia».

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma - Bari, 2004, VI s.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., 72.

CAPITOLO SESTO

DIRITTI GRECI E SCIENZA GIURIDICA ROMANA (*)

SOMMARIO: 1. Un raffronto tra esperienza giuridica greca e romana. - 2. Alle origini delle diversità. - 3. Un esempio illuminante: il *synallagma* di Aristotele e il contratto di Labeone. - 4. La legge in Atene e a Roma. - 5. Legge e scienza giuridica nella contemporaneità.

1. Un raffronto tra esperienza giuridica greca e romana.

Se si prende in considerazione l'ampio arco di tempo che congiunge il periodo miceneo al 212 d.C., anno in cui Caracalla, attraverso il celebre editto che porta il suo nome, elargì a quasi tutti gli abitanti dell'impero che ancora ne erano privi la cittadinanza, assoggettandoli così pienamente al diritto romano, è agevole constatare che nei vasti territori occupati dai parlanti il greco antico sempre si rinviene una, pur mutevole, pluralità di collettività politicamente organizzate e reciprocamente indipendenti, ciascuna delle quali retta da un proprio ordinamento⁽¹⁾. E parimenti è agevole constatare che ogni ordinamento è intessuto di regole peculiari, idonee a distinguerlo da qualsiasi altro, anche coevo, benché talora esse si innestino su strutture normative comuni a più aggregazioni. Paradigmatico al riguardo è il caso dell'epiceterato: un istituto che le fonti mostrano diffuso nel mondo delle

(*) Il saggio, finora inedito, trae origine da una relazione che ho tenuto a Treviso il 25 ottobre 2007, nell'ambito di un incontro di studio, voluto dall'Ateneo di quella città e dalla locale Delegazione dell'Associazione italiana di cultura classica, in cui è stato presentato il volume *Orazioni e frammenti di Lisia*, pubblicato a Torino nel 2006 a cura del compianto Mario Marzi, valente grecista del quale sono stato scolaro negli anni ormai lontani del ginnasio.

(1) Cfr. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in BRETONNE - TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma - Bari, 1994, 7 s.

poies del V e IV secolo a.C. Ad Atene come a Creta, a Sparta come nella Magna Grecia vigeva infatti il principio per cui la figlia che succedeva al padre senza avere fratelli maschi era tenuta, in limiti diversi, a sposare il parente più prossimo in linea maschile o eventualmente femminile, a cominciare dai fratelli del padre stesso. Diversa era però, all'interno dei singoli ordinamenti, la disciplina di completamento di questo principio ⁽²⁾.

Quanto rapidamente detto è sufficiente per comprendere perché la dottrina più recente, in antitesi a quella risalente, convinta che sia esistito un diritto greco, preferisca parlare di diritti greci ⁽³⁾.

Sicuramente unico è invece il diritto romano: nato con la fondazione della *civitas* alla metà circa dell'VIII secolo a.C., ne segue l'evoluzione storica, sviluppandosi senza mai perdere la propria identità sino alla morte dell'imperatore Giustiniano, nel 565 d.C. Come è stato ultimamente scritto, se è vero che il diritto romano «si proietta su territori via via più estesi, dall'originario nucleo cittadino sino alle dimensioni di un dominio mondiale», è altresì vero che, «per quanto vasto potesse essere lo spazio soggetto ai Romani ed estesa la proiezione (diretta o indiretta, completa o parziale) del loro diritto, quest'ultimo rimase sempre legato al suo nucleo genetico di *ius* proprio di una (sola) comunità politica. Fosse riservato esclusivamente ai cittadini (*ius civile*) o condiviso da altri popoli (*ius gentium*), derivasse da remoti *mores* o recepisse prassi negoziali affermatesi a contatto con stranieri e poi riconosciute dai propri magistrati muniti di *iurisdicito* (*ius honorarium*), esso rimase sempre il diritto di Roma» ⁽⁴⁾.

Alla multiforme ed eterogenea esperienza giuridica greca, cui fa addirittura difetto una parola in grado di designare, al pari del termine latino *ius*, il diritto oggetto nella sua complessità (tale non potendosi certamente considerare il vocabolo *nomos*) ⁽⁵⁾, si contrappone dunque l'uniforme e omogenea esperienza giuridica romana.

La quale, a voler continuare il nostro raffronto tra l'una e l'altra, si distingue dalla prima, e anzi da ogni altra esperienza giuridica dell'an-

⁽²⁾ Cfr. TALAMANCA, *Il diritto*, cit., 8 ss.

⁽³⁾ Cfr. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, 2006, 3 ss.

⁽⁴⁾ Così STOLFI, *Introduzione*, cit., 4.

⁽⁵⁾ Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 11 ss.

tività, sotto un diverso e ancor più significativo profilo. E invero, mentre nessuno tra i diritti greci costituiti mai oggetto di una riflessione teorica condotta da un ceto di esperti, pur volta soltanto a lumeggiare i nessi tra le norme in funzione di una razionale applicazione delle stesse ⁽⁶⁾, il diritto romano crebbe anche e soprattutto grazie alla sua elaborazione scientifica a opera di veri e propri professionisti dell'attività interpretativa (intesa nel senso più lato) nel campo giuridico, quali furono i giuristi ⁽⁷⁾.

A maggior chiarimento di questo punto, si può osservare, attingendo a una delle pagine che aprono un bel manuale di Matteo Marone, che «il diritto romano, quello privato in particolare, è tra i diritti dell'antichità classica l'unico che fu scientificamente elaborato. Solo Roma, tra i popoli dell'antichità, ebbe veri giureconsulti: i primi nella storia dell'umanità, e giureconsulti di altissimo livello. Altri popoli antichi (quello greco, ad esempio) avranno avuto magari un diritto per certi aspetti più equo e più rispondente ad esigenze di concretezza e praticità, non però un diritto come quello romano (privato) elevato a dignità di scienza. Si cominciò a Roma col ricavare dalle soluzioni dei casi concreti e dal confronto tra esse i principi latenti che le ispiravano (taluni poi riassunti nelle *regulae iuris*); si procedette alla costruzione ed elaborazione di concetti e categorie giuridiche (come *obligatio*, *hereditas*, *dominium*, servitù, usufrutto, ma anche contratti, mutuo, compravendita, locazione, mandato, etc.), a classificazioni. Questo consentì di dominare più agevolmente dati normativi di diversa origine (dapprima prevalentemente consuetudinari); di costruire istituti (strutture, cioè, punti di riferimento di principi e regole propri) e procedere alla proposizione di sistemi. Ciò, peraltro, con l'adozione d'un rigoroso essenziale vocabolario tecnico, lo stesso fondamentalmente ancora oggi patrimonio imprescindibile d'ogni operatore giuridico» ⁽⁸⁾.

Estraneo alla cultura greca, l'approfondimento relativo al dato giuridico mediante tecniche caratteristiche in mano a una classe di spe-

⁽⁶⁾ Cfr. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 13.

⁽⁷⁾ Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 23 s.

⁽⁸⁾ Cfr. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, 5.

cialisti connota dunque, e in via esclusiva se si ha riguardo all'antichità, la civiltà romana.

Il che, beninteso, non equivale ad affermare che nell'ambito di quella cultura il diritto non sia mai stato al centro di una qualche speculazione⁽⁹⁾. Già Mario Talamanca ha rilevato che «a partire da Aristotele e da Platone, ma già dai sofisti, la riflessione sugli aspetti che noi chiameremo di 'filosofia del diritto' raggiunge livelli non sempre, in seguito, facilmente raggiunti»; e inoltre che, «strettamente connessi con questi, si hanno altri svolgimenti, più propriamente attinenti alla filosofia e alla scienza della politica, compresa la politica legislativa»⁽¹⁰⁾. Ma si tratta, in ogni caso, di meditazioni che non hanno i caratteri dell'indagine tecnico-giuridica, tipica dei giuristi romani⁽¹¹⁾.

E anche quando uomini della statura di Aristotele e Teofrasto si occupano del diritto positivo in contesti che non sono immediatamente legati alla filosofia o alla scienza della politica, essi si limitano a una mera raccolta di previsioni normative⁽¹²⁾: esito di uno sforzo conoscitivo incapace, di per sé solo, di rivelare in chi lo compie quell'attitudine alla ricostruzione in ambito giuridico che fu propria dei giuristi romani.

2. *Alle origini delle diversità.*

La pluralità dei diritti greci e l'unicità del diritto romano dipendono chiaramente dalla differente vicenda storica di cui furono protagoniste le istituzioni alle quali quei diritti e quel diritto mettono capo. A giustificare l'antitesi, si può dunque addurre la circostanza, evidenziata da Emanuele Stolfi con specifico riferimento all'orizzonte delle *poiesis*, ma non priva di una portata generale, che «in Grecia nessuna comunità politica ... ottenne una durevole supremazia sulle altre e nessuna - neppure Atene - costituì un impero lontanamente paragonabile a quello romano, né regole giuridiche capaci di essere esportate ol-

tre lo spazio cittadino (al di là, ovviamente, delle consuetudini e convenzioni dei commerci marittimi che essa condivide con gli altri popoli del Mediterraneo, soprattutto orientale)»⁽¹³⁾.

Arduo è invece rintracciare le ragioni prime di ciò che è mancato all'esperienza giuridica greca e però non a quella romana, ossia «la creazione di un sistema, per così dire, logico, nell'ambito del quale - a partire da una serie di valori positivamente assunti - si potesse argomentare, con metodo scientifico, qualsiasi soluzione pratica ed eventualmente teorica»⁽¹⁴⁾. Sappiamo infatti, ed è bene enfatizzarlo ricorrendo ancora alle parole di Stolfi, che «quel fenomeno di isolamento della giuridicità - dalla religione e dalla morale, ma anche dalla politica - che a Roma fu perfezionato non da magistrati della *res publica* ma da un ceto di sapienti ... non può dirsi, nel mondo delle *poiesis*, compiutamente realizzato. Il diritto non vi assunse uno statuto forte, di sapere separato dagli altri sistemi direttivi, munito di un suo specialismo e di una logica autonoma, sorretto da un proprio specifico apparato di concetti e di tecniche, e affidato all'elaborazione di un nucleo 'professionale' di esperti»⁽¹⁵⁾.

Assolutamente fuor di luogo sarebbe ipotizzare che la profondità di pensiero conquistata in seno all'universo greco non fosse tale da consentire a taluno dei suoi esponenti l'analisi e la concettualizzazione della fenomenologia giuridica, operazioni in cui - già lo si è sottolineato più volte - svettarono i giuristi romani. Quella profondità, comunque è risaputo, fu straordinaria, per non dire ineguagliabile.

D'altro canto, se l'empiria che segnò la vita delle popolazioni greche nell'area del diritto non finisce di sorprendere e incuriosire, ciò è dovuto proprio al fatto che siamo quasi inconsapevolmente spinti a confrontarla con il vistoso progresso al quale diedero impulso quelle stesse popolazioni nel campo della cultura e della scienza. Come ancora ha rilevato Talamanca, la riflessione teorica che va ascritta a loro merito arriva a investire tutti gli aspetti dell'esistenza dell'individuo e delle società del tempo, ma con la vistosa eccezione di quelli che attingono al diritto, considerato nella sua dimensione concreta, come

(9) Cfr. Todd, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1995, 39 s.

(10) Cfr. TALAMANCA, *Il diritto*, cit., 19.

(11) Come riconosce lo stesso TALAMANCA, *Il diritto*, cit., 19.

(12) Raggiugli più precisi sul punto si trovano in TALAMANCA, *Il diritto*, cit., 19 s.

(13) Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 4.

(14) Cfr. TALAMANCA, *Il diritto*, cit., 20.

(15) Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 13.

strumento di composizione dei conflitti intersoggettivi. E con risultati, concernenti soprattutto il metodo razionale, che i giuristi romani non esiteranno a importare, fecondandola, nella *scientia iuris* che andavano esercitando (16).

Plausibile è invece scorgere nel diverso rapporto che intercorre tra dei e uomini nella civiltà greca e in quella romana le radici del diverso approccio al dato normativo che in esse si rinviene.

Mentre gli dei greci, eternamente separati dagli uomini (17), sono portatori di una volontà mutevole, che riesce a incidere quasi capricciosamente (18) sugli accadimenti dei mortali (19), privi della facoltà di governarne meccanicamente la direzione mercé i propri comportamenti e soggetti comunque a un destino ultimo che si compie indipendentemente dalle determinazioni degli stessi dei (20), viceversa gli dei romani sono controllabili dagli uomini: gli uni e gli altri appaiono infatti subordinati a un unico sistema prescrittivo, finalizzato al mantenimento tra loro di quella situazione di equilibrio che va sotto il nome di *pax deorum*, che agli uomini garantisce prosperità (21). Donde, per le comunità greche, il maggior interesse a conoscere e penetrare la sfera del divino, e dunque il cosmo, e la dimensione interiore dell'individuo, che è alla base del pensiero filosofico e di quelle forme di espressione artistica che sono la poesia e la tragedia (22); e, per la comunità romana, la prevalente attenzione per la precettistica da osservare nella quotidianità appunto in funzione della conservazione della *pax deorum*, che, com'è facilmente intuibile, comporta l'individuazione di un gruppo di esperti, identificati nei membri di uno dei tanti collegi sacerdotali già attivi nell'età più remota, quello pontificale, che tale precettistica sappia determinare compiutamente e, per così dire,

(16) Cfr. TALAMANCA, *Il diritto*, cit., 21 s.

(17) Cfr. OTTO, *Gli dei della Grecia. L'immagine del divino nello specchio dello spirito greco*, trad. it., Milano, 2004, 15.

(18) Cfr. GUTHRIE, *I greci e i loro dei*, trad. it., Bologna, 1987, 152.

(19) Cfr. SNELL, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, trad. it., 2002, 48 ss.

(20) Cfr. OTTO, *Gli dei*, cit., 259 ss.

(21) Cfr. FIORI, 'Homo sacer'. *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 167 ss.

(22) Cfr. FINLEY, *Gli antichi Greci*, trad. it., Torino, 2000, 87 ss.

aggiornare di continuo (23). E dunque di un gruppo che, intervenendo sul diritto forte di una perizia che si fa sempre più particolare, progressivamente lo eleva a un sapere autonomo, il quale, con l'andar del tempo e l'affievolirsi del suo ruolo strettamente ancillare rispetto alla *pax deorum*, si aprirà a tutti coloro che di esso, avendone appreso le peculiari tecniche, volessero occuparsi professionalmente (24).

Vero è, peraltro, che un collegio di sacerdoti per qualche aspetto avvicinabile a quello romano dei pontefici conobbe anche Atene: sappiamo infatti che nel corso del V e IV secolo a.C. vi operarono gli *exegbetai*, interpellabili da magistrati e privati su questioni varie, concernenti il sacro e il profano, che avevano riguardo al vivere in società dell'individuo e ben potevano essere di natura squisitamente giuridica. Ma, per motivi diversi, essi non riuscirono a gettare i semi che avrebbero potuto dar luogo alla crescita di una scienza del diritto. Appiattiti com'erano sulle disposizioni legislative vigenti, i loro pareri, che si atteggiavano per lo più a meri consigli, costituivano espressione di un'attività di interpretazione solo ricognitiva, incapace di elevarsi a «competenza in una specifica tecnica, con i suoi rigorosi protocolli di lavoro, un proprio sedimentarsi di metodi e soluzioni, e un autorevolezza tale da rendere sostanzialmente vincolante ogni responso» (25).

A deprimere il ruolo, potenzialmente creativo, degli *exegbetai*, d'altra parte, concorreva il modo in cui, ad Atene come in altre *poleis*, si amministrava la giustizia, di per sé antagonista rispetto al sorgere di una scienza del diritto. A occuparsi delle controversie civili e penali erano essenzialmente tribunali popolari, formati da numerosi cittadini che non avevano una specifica preparazione in materia giuridica, i quali, al momento della decisione, votavano segretamente, senza discutere previamente tra loro. La sentenza, per di più, era immotivata. Né i soggetti in lite potevano farsi rappresentare o assistere da difensori tecnici: solo era ammesso che essi o loro incaricati recitassero un discorso, spesso predisposto da un logografo, quale fu per esempio Listia, fatalmente privo, considerato nel suo insieme il modello processuale in cui s'inseriva – nemmeno informato al principio *iura novit cu-*

(23) Cfr. SCHIAVONE, 'Jus'. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 52 ss.

(24) Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 25 ss.

(25) Così STOLFI, *Introduzione*, cit., 30.

ria⁽²⁶⁾, gravando sugli interessati l'onere di reperire e fornire i testi delle leggi ritenute utili⁽²⁷⁾ –, di ogni consistenza sotto il profilo del ragionamento scientifico⁽²⁸⁾. Volto infatti a «persuadere i giudici non mediante una valutazione razionale delle prove di fatto e dei dati normativi, bensì con l'impiego di ogni sorta di *topoi* – e spesso di trucchi – retorici», suo oggetto, come ancora rileva Talamanca, «è spesso più la persona della parte nel suo complesso, che va accreditata ai giudici mediante la tecnica che si potrebbe chiamare del 'convincimento globale' (mentre, contemporaneamente, va screditato l'avversario), che i fatti di causa»⁽²⁹⁾.

3. Un esempio illuminante: il 'synallagma' di Aristotele e il contratto di Labeone.

Indugèrò ora su un esempio illuminante, perché rende chiaramente percepibile la differenza che corre fra l'atteggiamento descrittivo e comunque atecnico verso il diritto proprio del mondo greco e la forza produttiva della scienza giuridica sviluppatasi nel mondo romano: un esempio che tocca la celebre definizione di contratto offerta per la prima volta nella storia da un giurista augusteo, Antistio Labeone, e conservata in un frammento tratto dall'opera di Ulpiano leggibile nel Digesto. Qui, e precisamente in 50.16.19, si trova scritto che per Labeone è contratto l'atto, che ben possiamo immaginare necessariamente convenzionale, che obbliga ciascuna delle parti che l'hanno concluso a eseguire a favore dell'altra una certa prestazione (*ultra citroque obligatio*), corrispondente alla figura che i greci chiamano *synallagma*, di cui sono esempi la compravendita (*emptio venditio*), la locazione-conduzione (*locatio conductio*) e la società (*societas*).

Prima ancora che su questa nozione di contratto conviene dunque soffermarsi sul *synallagma* dei greci, cui si richiama apertamente il giurista che l'ha coniato. D'immediato, allora, lo sguardo si volge ad

⁽²⁶⁾ Cfr. BISCARDI, *Diritto*, cit., 19; MARTINI, *Lezioni di diritto atico*, Siena, 1996, 17.

⁽²⁷⁾ Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 34 s.

⁽²⁸⁾ Cfr. BISCARDI, *Diritto*, cit., 23 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. TALAMANCA, *Il diritto*, cit., 27.

Aristotele, considerato che con ogni probabilità proprio alla sua riflessione ebbe ad attingere Labeone.

Nel quinto libro dell'*Etica Nicomachea*, in cui espone la sua dottrina della giustizia, Aristotele utilizza più volte il vocabolo *synallagma*, caricandolo di un significato più ampio di quello in cui risulta impiegato nelle altre fonti greche e addirittura in altre parti del *corpus* di scritti attribuiti allo Stagirita stesso, dove il termine assume la portata di 'relazione convenzionale tra privati'⁽³⁰⁾. Ma procediamo per gradi.

Dopo aver parlato della giustizia secondo un'accezione generale, in cui essa corrisponde all'intera virtù, il filosofo passa alla giustizia in senso particolare⁽³¹⁾. E di questa dice che «attiene ... alle relazioni intercorrenti tra individui e si determina allorché tra i soggetti implicati in un determinato rapporto (più precisamente, un rapporto rilevante sotto il profilo patrimoniale) venga ristabilito l'equilibrio ..., laddove v'è chiaramente ingiustizia nell'ipotesi in cui una delle parti di detto rapporto agisca in modo tale da determinare la permanenza di uno sbilanciamento, arricchendosi ingiustamente, o meglio, nella prospettiva giusgrecistica, cagionando un danno economicamente misurabile (*blabe*) alla controparte»⁽³²⁾.

Aristotele concepisce dunque l'ingiustizia in senso particolare quale indebito arricchimento con correlativo pregiudizio altrui: come confermano quei passi, sempre collocati nel quinto libro dell'*Etica Nicomachea*, in cui egli tratta della giustizia 'diortotica', cioè correttiva o compensativa, con riferimento alle varie specie di *synallagma*, ponendola accanto alla giustizia 'dienemetica' o distributiva (ovvero alla giustizia concernente l'assegnazione di beni aventi rilevanza pubblica, quali beni immobili, onorificenze, cariche o qualsiasi altra cosa, corporale o incorporale, suscettibile di essere ripartita tra coloro che partecipano alle funzioni dello stato)⁽³³⁾. E invero, nel definire l'oggetto della correzione o compensazione cui è tesa la giustizia 'diortotica',

⁽³⁰⁾ Cfr. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del 'synallagma' di Aristotele*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di Garofalo, I, Padova, 2007, 15.

⁽³¹⁾ Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 155.

⁽³²⁾ Così PELLOSO, *Le origini*, cit., 23.

⁽³³⁾ Cfr. PELLOSO, *Le origini*, cit., 28.

Aristotele dà vita a una figura avente carattere generale che non trova riscontro nelle altre fonti greche contemporanee, pregresse o posteriori, priva però di forza innovativa nel campo del diritto: appunto la figura del *synallagma*, che ingloba sia fattispecie di natura delittuosa (come il furto, l'omicidio, l'ingiuria, la falsa testimonianza e altre ancora) sia fattispecie consensuali lecite (come la compravendita, il mutuo, il deposito, l'uso, la locazione). Peraltro, consapevole del principale tratto che vale a distinguere le une dalle altre, lo stesso Aristotele riconduce le prime nella sottoclasse del *synallagma* non convenzionale e le seconde in quella del *synallagma* convenzionale: se il rapporto che si instaura fra il ladro e il derubato non è infatti conseguente a un accordo, lo è invece quello fra il venditore e il compratore. Ma questo rapporto, come ogni altro qualificabile in termini di *synallagma* convenzionale, per Aristotele sorge solo se, in aggiunta all'accordo che prevede il vincolo di ciascuna delle due parti che l'hanno stretto a un certo contegno, ovvero - adattando a quanto andiamo dicendo il lessico giuridico che ci è familiare - a una certa prestazione, vi sia l'esecuzione dell'una o dell'altra prestazione (eventualmente, di quella da compiersi necessariamente per prima). Quindi per Aristotele, che registra fedelmente quanto accadeva nella prassi giuridica greca del suo tempo, qualora all'accordo così connotato non seguisse il compimento di alcuna prestazione, non si sarebbe avuto un *synallagma* convenzionale (o, con parole diverse, la fattispecie sarebbe rimasta estranea all'area del diritto) e nessuna delle parti avrebbe potuto utilmente agire nei confronti dell'altra. Mentre, se una di esse avesse tenuto il comportamento cui si era consensualmente vincolata e l'altra no, la medesima avrebbe goduto di un'adeguata protezione giuridica. Il soggetto inadempiente risultava infatti aver ritratto un profitto, *kerdos*, senza sopportare alcun sacrificio economico, *zemia*: donde, a fronte dell'intollerabile squilibrio realizzatosi, la facoltà assicurata dall'ordinamento all'altro soggetto, vittima dell'ingiustificato depauperamento patrimoniale (*blabe*), di rivolgersi al primo per ottenere quanto di sua spettanza. E ciò appunto in omaggio ai dettami della giustizia in senso particolare di tipo diortotico ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. PELLOSO, *Le origini*, cit., 32 ss.

Come si vede, la costruzione di Aristotele, che taluno considera addirittura di ordine meramente sociologico ⁽³⁵⁾, andava a sistemare dati rilevanti anche sotto il profilo del diritto, senza però incidere sul suo assetto.

Secoli più tardi, come già sappiamo, Labeone accenna al *synallagma* del mondo greco, a lui verosimilmente noto per il tramite di Aristotele, nell'ambito della sua definizione di contratto: egli infatti, come sopra detto, vede in questo l'atto con cui le parti si vincolano consensualmente a eseguire vicendevolmente certe prestazioni; ne stabilisce poi l'equivalenza con il *synallagma* dei greci; infine cita, a titolo paradigmatico, *emptio venditio*, *locatio conductio* e *societas*.

Attraverso un procedimento semplice e complesso al tempo stesso, Labeone finisce dunque col riconoscere piena rilevanza giuridica a operazioni economiche convenzionali che sino allora ne erano prive. Egli accosta infatti compravendita, locazione-conduzione e società, tre negozi tipici dell'ordinamento romano, già protetti mediante azioni peculiari, e ne trae gli elementi comuni, che sono l'accordo e l'impegno di tutte le parti che l'hanno stretto a scambiarsi determinate prestazioni. Qualifica quindi come contratto la figura che presenta tali elementi. E in questo modo fa rientrare in tale figura, che appartiene al diritto in quanto forgiata in via logica sulla base di dati tratti dal diritto, ogni accordo che abbia a oggetto un impegno quale quello di cui si è detto.

Con l'ulteriore conseguenza che qualunque accordo con cui le parti si siano promesse di tenere reciprocamente certi comportamenti, anche non integrante uno dei tre negozi tipici citati, appunto perché rientrante nella categoria del contratto, che è categoria del diritto, non può mancare di un'adeguata tutela sotto l'aspetto processuale, pena una grave incoerenza logica: non ci può invero essere un affare attratto nell'orbita del diritto, come lo è quello convenzionale con vincolo di ciascuna parte al compimento di una determinata prestazione per il medio della sua inclusione nell'area, tutta interna al diritto, del contratto, per il quale il diritto stesso non preveda una tutela giudiziale; e anzi una tutela pari a quella che già assiste i soliti tre ne-

⁽³⁵⁾ Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 157.

gozi tipici che stanno dentro la categoria del contratto e ne costituiscono addirittura il fondamento. Tutela che infatti Labeone, per quanto si trae da vari testi sparsi nel Digesto, riconosce come doverosa e modella ispirandosi a quella prevista dall'ordinamento per la compravendita, la locazione-conduzione e la società: così che ogni parte poteva far valere in giudizio l'inadempimento dell'altra, ottenendone la condanna, mediante la generale *actio praescriptis verbis*, che veniva perciò ad affiancarsi, assolvendo la loro stessa funzione, agli specifici mezzi processuali a disposizione di coloro che avevano dato vita a un'*emptio venditio*, a una *locatio conductio* o a una *societas* ⁽³⁶⁾.

Così facendo, il giurista riesce a imprimere una svolta storica all'ordinamento, fino allora ancorato al principio della rigida predeterminazione dei negozi fruibili dai privati nell'esercizio della loro autonomia. Essi possono sì concludere una delle operazioni già individualmente riconosciute dal diritto; ma possono anche concluderne di diverse, sicuri di avere un'acconcia protezione processuale, purché si tratti di operazioni che si traducano in un accordo dotato di un certo contenuto: vale a dire di un accordo che preveda l'impegno di tutte le parti di eseguire reciprocamente determinate prestazioni. Dunque, muovendosi da scienziato del diritto e non certo da legislatore, Labeone innova profondamente rispetto al diritto vigente. E quasi per dare maggior forza alla sua elaborazione, invoca il *synallagma* dei greci: anche se, come visto, lo invoca male, almeno ove si abbia riferimento al significato che al termine aveva dato Aristotele. Si dovrà infatti aspettare Aristone, un giurista menzionato da Ulpiano in un famoso frammento contenuto in D. 2.14.7.2, perché il *synallagma* dei greci e in particolare di Aristotele venga citato a proposito, ancora nell'ambito di una trattazione della categoria del contratto, con esclusione però dei tre negozi elencati da Labeone: seguendo un insegnamento già di Sesto Pedio, invero, Aristone ricondurrà nell'alveo del contratto, presumibilmente in aggiunta ai tre negozi appena ricordati, ossia compravendita, locazione-conduzione e società, gli accordi contemplanti l'impegno di ciascuna delle due parti di compiere una certa

⁽³⁶⁾ Cfr. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di Burdese, Padova, 2006, 345 ss.

prestazione a vantaggio dell'altra che non integravano figure tipiche e risultavano eseguiti da una delle parti stesse ⁽³⁷⁾.

Da sottolineare, peraltro, è che nella nozione di contratto formulata da Labeone appaiono compendiarsi i poderosi e insuperabili apporti della civiltà greca e di quella romana: gli uni sul piano della cultura latamente intesa, ben noti anche a Labeone, che proprio a pagine intense di Aristotele mostra - o, meglio, finge - di appoggiarsi per conferire maggiore autorità alla sua costruzione rivoluzionaria; gli altri sul piano della tecnica, e in particolare della tecnica giuridica, che consentono a un uomo di ingegno, quale appunto Labeone, di innovare radicalmente rispetto al diritto vigente, come e più di quanto sarebbe riuscito a fare un legislatore, attraverso un procedimento che si lascia apprezzare per il rigore concettuale. A conferma che al mondo antico dobbiamo ancora e anzi sempre più guardare: per non scivolare definitivamente in un contingente privo di pensiero e di logica, consegnato a sparse volontà imperscrutabili e persino più volubili di quelle degli greci, capaci solo di produrre, con ritmo incalzante, regole e regole, al di fuori di qualsiasi controllo razionale; e per non rimanere invincibilmente intrappolati in quel nichilismo giuridico di cui oggi molto si parla, nel tentativo, forse vano, di esorcizzarlo.

4. *La legge in Atene e a Roma.*

Torniamo, a questo punto, a un aspetto dell'esperienza giuridica greca già segnalato, per introdurre una più ordinata riflessione sul diverso ruolo che in Atene e a Roma ebbe la legge, intesa come atto normativo che richiedeva l'approvazione di un organo competente al riguardo, individuato per lo più in un'assemblea cittadina.

Come si ricorderà, nei processi che proprio ad Atene si svolgevano davanti a pletorici collegi giudicanti di estrazione popolare era sulla parte che fondava le proprie ragioni su una legge che incombeva l'onere di produrre il relativo testo: i membri del tribunale non erano infatti tenuti a conoscere la totalità delle norme che componevano

⁽³⁷⁾ Cfr. GAROFALO, *Contratto*, cit., 359 ss.

l'ordinamento, non valendo per loro la regola, attualmente imperante, secondo cui chi decide deve sapere quale sia la disciplina applicabile al caso di specie portato al suo esame. *(Una non c'era)*

Diversamente da quanto accade oggi appunto in virtù di questa regola, dunque, «niente assicurava che il giudizio fosse risolto in conformità alla legge più pertinente, qualora la parte che avrebbe potuto invocarla a suo favore avesse mancato di produrla» (38). Il che tanto più stupisce se appena si pensa che proprio la legge, che nell'ambito di una causa - e cioè allorché risultava imprescindibile, a tutela della stabilità sociale, la sua concreta applicazione - degradava al rango di un mezzo di prova, nella stessa Atene rappresentava la fonte normativa per eccellenza, quella con cui la collettività dettava a se stessa i canoni da osservare a ogni livello (39).

E invero, come ha sottolineato Stolfi, «la legge, prodotta ... dall'Assemblea (*Ekklesia*), costituiva il frutto della partecipazione popolare, e al contempo la garanzia di un'effettiva eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla *polis* e alle sue regole (*isonomia*): ciò era quindi sufficiente a determinarne un indiscusso primato» (40). Strettamente connesso al consolidarsi di un'ideologia democratica, questo si lega comunque e ancor prima «all'affermazione della politica come categoria principale e assorbente della vita comunitaria» (41).

Non meraviglia, allora, che la legge non si arresti al campo pubblicistico, e in particolare all'organizzazione della *polis*, ma si estenda all'ambito privatistico, a quello cioè relativo ai rapporti tra i singoli (42). La sua centralità, va ancora rilevato, è vieppiù testimoniata dal giuramento che gli eliaisti, ossia i componenti delle giurie attiche, erano tenuti a prestare all'inizio dell'anno di attività. Esso contemplava infatti l'impegno di costoro di decidere secondo la legge ovvero, ma solo in

(38) Così STOLFI, *Introduzione*, cit., 35.

(39) Cfr. BISCARDI, *Diritto*, cit., 64 ss.; STOLFI, *Introduzione*, cit., 35 ss.

(40) Primato che non viene meno dopo le riforme del 403-402 a.C., in virtù delle quali - come precisa lo stesso STOLFI, *Introduzione*, cit., 36, nt. 28 - la legge, nella forma del *nomos*, doveva essere approvata dal collegio dei *nomothetai*, formato da cittadini scelti per sorteggio.

(41) STOLFI, *Introduzione*, cit., 36 ss.

(42) Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 100 ss.

mancanza di questa, sulla base dell'opinione più giusta (43): vale a dire in conformità ai «dettami della loro coscienza» e quindi «ispirandosi all'equità» o comunque «a quella che ritenevano fosse, caso per caso, la soluzione migliore» (44).

Le previsioni della legge, d'altro canto, almeno quando essa assumeva le sembianze del *nomos* - e non quelle dello *psephisma*, figura che molti studiosi preferiscono peraltro rendere con il termine 'decreto' -, erano sì percepite come il frutto di un comando politico, ma rispondeva istanze profonde di equità e giustizia e non certo libero (45). Donde la distanza, adeguatamente evidenziata da Stolfi, tra la legge, e in particolare il *nomos*, ateniese e la legge quale si intende nell'ambito del moderno positivismo giuridico (46).

Se adesso volgiamo lo sguardo a Roma, troviamo una situazione tutta diversa: ad assicurare lo sviluppo incessante del suo diritto, specie attinente alle relazioni tra individui, non era infatti la legge, bensì, come più volte sottolineato, la giurisprudenza, prima pontificale e poi laica. Non per questo, però, si potrebbe affermare che essa non rivestisse alcuna importanza: nemmeno ove si guardasse esclusivamente al campo privatistico.

A prescindere dal rilevare, con specifico riferimento a questo campo, che in qualche caso è comunque alla legge che la comunità ricorre per fissare vecchie regole o introdurne di nuove (come quando, alla metà circa del V secolo a.C., promuove la redazione del testo normativo contenuto nelle XII tavole, facendola precedere, secondo una tradizione di dubbia credibilità, dall'invio di un'ambasceria in Grecia o in Magna Grecia per acquisire informazioni sulla disciplina di legge lì vigente (47)), vi è che proprio sulla medesima, in quanto espressione della volontà popolare, Gaio, un giurista del II secolo d.C., all'inizio delle sue *Istituzioni* impernia una sorta di teoria delle fonti di produzione del diritto. Vi è inoltre che altri *prudentes*, attivi fra il II e III se-

(43) Cfr. TALAMANCA, *Il diritto*, cit., 45.

(44) Così BISCARDI, *Diritto*, cit., 361.

(45) Cfr. BISCARDI, *Diritto*, cit., 345 s.

(46) Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 133.

(47) Cfr. TALAMANCA, *Il codice decemvirale*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, sotto la direzione di Talamanca, Milano, 1989, 107 s.; v. anche LANE FOX, *Il mondo classico. Storia epica di Grecia e di Roma*, trad. it., Torino, 2007, 126 s.

colo d.C., allorché offrono un quadro più o meno sistematico di queste fonti, non trascurano mai di menzionare la legge. E ciò nonostante essa sia ormai del tutto inoperante, avendo cessato il suo ciclo vitale con una legge agraria votata sotto Nerva⁽⁴⁸⁾.

Ma non è tutto. L'incidenza della legge sul piano dell'argomentazione scientifica è infatti comprovata da un famoso brano di Giuliano, altro giurista del II secolo d.C., conservato nel Digesto (e precisamente in 1.3.32), nel quale egli fonda la forza vincolante della consuetudine sull'equiparazione di questa alla legge: a suo modo di vedere, infatti, tanto l'una quanto l'altra sono espressione della *voluntas populi*, manifestata *rebus ipsis et factis* nel caso della consuetudine, cioè attraverso un contegno concludente, consistente nell'uniformità dei comportamenti dei consociati al ricorrere di certe situazioni, ed esplicitata con il suffragio nel caso della legge. Con Talamanca, va peraltro osservato che non bisogna lasciarsi suggestionare dal richiamo alla volontà del popolo, di per sé singolare in pieno principato, né sopravvivere al ruolo effettivo della consuetudine in quel periodo: da un lato, «il consolidamento delle strutture istituzionali rendeva, politicamente, inoffensiva l'ideologia sottesa al riconoscimento di una platonica 'sovranità popolare'»; dall'altro, la giustificazione data al peso normativo della consuetudine appare sganciata da ogni considerazione circa la modesta portata effettiva di questa fonte, che riusciva realmente a imporsi come tale solo quando assumeva rilievo il *mos regionis*⁽⁴⁹⁾.

Non è poi strano, alla luce di quanto sin qui detto, in particolare con riguardo alla preminenza della legge in Atene e alla propensione del pensiero greco per l'individuazione dei caratteri più reconditi di ogni fenomeno, che un eminente giurista dell'età dei Severi, Papiniano, volendo definire in profondità, e non solo sotto l'aspetto formale, la legge e non trovando una nozione appagante elaborata al proposito dalla giurisprudenza precedente, si rifaccia a quella delineata da Demostene (a prestare fede a un'attribuzione ancora controversa) in un passo del primo discorso contro Aristogitone⁽⁵⁰⁾, tramandata da Mar-

⁽⁴⁸⁾ Cfr. TALAMANCA, *Le costituzioni imperiali nel sistema normativo del principato. Il 'ius extraordinarium' e la 'cognitio extra ordinem'*, in *Lineamenti*, cit., 423 s.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. TALAMANCA, *Le costituzioni*, cit., 429 s.

⁽⁵⁰⁾ Su di esso e sul secondo discorso contro Aristogitone cfr., per un'informazio-

ciano in un testo – dove compare pure una citazione tratta dal libro *Sul nomos* del filosofo Crisippo – confluito in D. 1.3.2, che vale senz'altro la pena di leggere nella versione italiana⁽⁵¹⁾. «Infatti, anche l'oratore Demostene definisce così: 'la legge è ciò a cui conviene che tutti gli uomini obbediscano per molte e importantissime ragioni, e soprattutto poiché ogni legge è creazione e dono della divinità, è dottrina [o statuizione?]⁽⁵²⁾ di uomini saggi, correzione delle trasgressioni volontarie o involontarie, comune accordo della città, secondo il quale conviene a tutti vivere in essa'. Ed anche il filosofo Crisippo, di somma sapienza stoica, così incomincia il suo libro *Sulla legge*: 'la legge è la regina di tutti i fatti umani e divini; pertanto occorre che essa sia soprintendente delle buone e delle cattive azioni, sia arconte ed egemone degli animali che per natura sono politici; e perciò sia canone delle azioni giuste ed ingiuste, imponendo quello che si deve fare e vietando quello che si deve non fare'. Ebbene, all'evidenza non pago di quanto intorno al concetto di legge avevano scritto Capitone, per il quale la *lex* è *generale iussum populi aut plebis rogante magistratu*⁽⁵³⁾, e Gaio, secondo cui la *lex* è *quod populus iubet atque constituit*⁽⁵⁴⁾, Papiniano, sulla scia di Demostene (o dello pseudo-Demostene), nel brano conservato in D. 1.3.1, afferma che la legge è il comando valido per tutti (*lex est commune praeceptum*), la deliberazione (o decisione) di uomini avveduti (*virorum prudentium consulum*), il mezzo per la repressione dei delitti che vengono compiuti volontariamente o per ignoranza (*delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio*), il comune accordo, nella forma della *sponsio*, della collettività politica (*communis rei publicae sponsio*). E scolpisce così una definizione di legge che, se pure ne coglie il nucleo sostanziale, non restituisce però chiaramente i suoi tratti peculiari, atti a differenziala nettamente dalle altre fonti di produzione del diritto proprie del mondo

ne di partenza, DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco. Dalle origini ad Aristotele*, trad. it., Milano, 2005, 139 ss.

⁽⁵¹⁾ Tratta da *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, a cura di Schipani, I, Milano, 2005, 94.

⁽⁵²⁾ Così volge la parola *dogma* che ricorre nel frammento MARTINI, *Diritti greci*, Bologna, 2005, 10.

⁽⁵³⁾ Cfr. Gell. 10.20.2.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Gai 1.3.

romano: tanto che non sono pochi gli studiosi convinti che Papiniano abbia inteso muovere dalle parole dell'oratore greco, pur relative al *nomos*, per indicare l'essenza del *ius* complessivamente considerato, frutto anche e soprattutto della decisione dei *virī prudentes*, nei quali sarebbero quindi ravvisabili i giuristi e non già i componenti delle assemblee popolari o i magistrati roganti, come a prima vista potrebbe sembrare. Quel *ius* che egli avrebbe insolitamente e attecnicamente identificato con il termine *lex* perché quello più vicino alla parola *nomos* ⁽⁵⁵⁾.

Quale che sia l'interpretazione che si ritenga preferibile, certo è che il frammento di Papiniano in D. 1.3.1 dimostra la fecondità dei lasciti della cultura greca, atinenti anche al campo della raffigurazione giuridica e pur maturati in contesti non specialistici, rispetto alla giurisprudenza romana.

5. Legge e scienza giuridica nella contemporaneità.

La concezione ateniese della legge, quale «misura unica dei comportamenti umani» ⁽⁵⁶⁾, non si è certo perduta nel corso della storia: per tramiti non del tutto sondabili, essa «giunge fino al mito della 'volonté générale', proprio delle rivoluzioni borghesi» ⁽⁵⁷⁾, perdurando anche oltre, fino ai giorni nostri. Ma nemmeno si è smarrita nei secoli la concezione romana del *ius*, quale frutto di un'autentica scienza. L'interazione dell'una e dell'altra si ha soprattutto a partire dalle codificazioni ottocentesche: caduta ben presto l'illusione che le loro proposizioni normative siano autosufficienti, la scienza giuridica ne media costantemente l'applicazione, dandosi carico della costruzione del sistema di cui tali proposizioni costituiscono meri frammenti. E allo scopo continua a utilizzare categorie e terminologie provenienti dall'elaborazione dei *prudentes*, arricchendole peraltro di nuove figure e di nuove parole dal significato tecnico. Il che consente agli arte-

⁽⁵⁵⁾ Cfr. STOLFI, *Introduzione*, cit., 148 ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. TALAMANCA, *La storia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, I, Milano, 2007, 21.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. ancora TALAMANCA, *La storia*, cit., 21.

fici di tale scienza di colloquiare tra loro, anche quando appartengano a ordinamenti nazionali diversi.

Ed è proprio questa condivisione di linguaggio e di strumenti dogmatici in mano ai giuristi del vecchio continente che facilita ora l'emersione di un diritto comune agli stati europei, aiutata anche, per quelli tra essi che sono membri dell'Unione, dall'operare di fonti riconducibili a tale istituzione che tendono, secondo diverse modalità e in limiti variabili, all'uniformazione dei singoli sistemi normativi. Senza quella condivisione, espressione di una scienza giuridica cui il retaggio storico ha garantito una persistente unità di fondo, le disposizioni dei regolamenti e delle direttive dell'Unione sarebbero soggette a letture e applicazioni disparate, mutevoli da luogo a luogo: finendo così, quasi per paradosso, per promuovere l'eterogeneità delle esperienze giuridiche nazionali. A dimostrazione della forza insostituibile dell'approccio scientifico al diritto, insegnatoci dai *prudentes* romani, pur quando le norme che lo compongono derivino da fonti autoitattive, secondo lo schema privilegiato nell'Atene classica.