

## *Nota conclusiva sui processi del principato e sulla lettura umanistica delle fonti*

### *I. Due questioni*

Nella discussione finora svolta e nel libro dedicato a Franca De Marini sono emersi temi di storiografia giuridica, in vario modo legati alla scuola genovese e già precisamente messi a fuoco negli studi di Riccardo Orestano. Tornerò adesso su questo autore e mi soffermerò su due specifiche questioni, che sono state centrali nel suo insegnamento, per me vivo ancora oggi, come un discorso non interrotto.

La prima questione riguarda le procedure plurali e mobili delle *cognitiones extra ordinem* nell'esperienza romana del principato. Questa materia si presenta ai nostri occhi con evidenti caratteristiche di asistematicità, dovute alla dimensione casistica entro cui si forma la disciplina processuale ed al suo legame con la normazione dei *principes*, che incide sul merito dei giudizi ed insieme sulle modalità del loro svolgimento. Le scarse regole procedurali che si vengono consolidando dipendono, secondo il racconto dei giuristi, da una formazione consuetudinaria<sup>1</sup>. Vi rientrano tra l'altro, come vedremo, le procedure che connettono attività cognitive, funzionalmente diverse tra loro, relative a *crimina* e a rapporti privati<sup>2</sup>.

La seconda questione riguarda la svolta nella tradizione romanistica rappre-

<sup>1</sup> Vedi R. Orestano, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953, rist. 1966, 193 ss., spec. 194 e nt. 2: «... la nuova procedura si svolge per lungo tempo senza una precisa regolamentazione e quando questa comincia a rivelarsi, sarà in parte essa stessa frutto della prassi e in parte frutto di costituzioni imperiali, che vengono a regolare ... ora questo ora quel punto della procedura, fissando norme di lenta formazione consuetudinaria...».

<sup>2</sup> Vedi in proposito F. de Marini Avonzo, *Coesistenza e connessione tra 'iudicium publicum' e 'iudicium privatum'*, in *BIDR.* 59-60, N.S., 18-19, 1954, 125 ss., spec. 127: «... nella risalente dottrina non si tengono sufficientemente presenti le varie fasi che attraversa l'ordinamento processuale romano nel suo sviluppo storico ... e inoltre non si distingue tra *concorrenza* dei mezzi di repressione pubblici e privati, che si verifica quando uno stesso fatto viene preso in considerazione nei due sistemi penali, e *connessione* tra gli stessi mezzi, quando due processi siano collegati per una ragione di logica giuridica, pur essendo tra loro diversi e indipendenti». Intorno a questa seconda categoria concettuale si struttura un'indagine autonoma. L'autrice non ravvisa l'esistenza di un comando giuridico inteso a stabilire una pregiudizialità, un ordine cronologico fisso nei procedimenti connessi. Resta così l'esame casistico come via alla comprensione delle diverse soluzioni, che non seguono una linea uniforme e più volte discendono direttamente da decisioni imperiali.

sentata dall'Umanesimo giuridico. Questo movimento di pensiero, che investe l'Europa continentale nel XVI secolo, crea immagini nuove fondate su una lettura più libera del passato, sull'interesse per la storia, e sulla ricerca di norme adatte al presente. Sono linee diverse, che tuttavia convergono nel mettere in discussione l'immediata vigenza della compilazione giustiniana<sup>3</sup>.

Ricordo che su queste novità introdotte nella cultura europea vi sono state varie indagini novecentesche, volte a scoprire i denominatori comuni e le differenze. Intendo richiamare la vostra attenzione su alcuni aspetti, meritevoli di ulteriori approfondimenti: dall'uso vasto e plurale delle fonti antiche, con il quale la scienza giuridica allarga i propri confini, alla tensione tra norme generali e prassi, alla visione storica del diritto.

## II. Giudizi penali e civili nelle procedure cognitorie

Con riferimento alle *cognitiones extra ordinem*, vi propongo l'esegesi di alcuni testi, nei quali si delineano non solo forme di connessione tra *iudicium publicum* e *iudicium privatum*, ma anche un modello insolito di procedura, tale da realizzare per determinati casi, sulla base di direttive imperiali relative alla prassi cognitoria, l'unificazione dei due tipi.

Prendo le mosse da un frammento di Callistrato, nel quale è citata una costituzione adrianea.

D. 42.1.33 (Callistr. 5 cogn.): *Divus Hadrianus aditus per libellum a Iulio Tarentino et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: 'Exemplum libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iussi: tu, si tibi probaverit conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica et, si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue'*.

Il divo Adriano, al quale Giulio Tarentino si era rivolto sostenendo che l'esercizio del dovere del giudice era stato distorto con false testimonianze, in seguito ad un raggio ordito dagli avversari, con la corruzione dei testi mediante danaro, stabilì con rescritto e con la seguente formulazione che il processo dovesse essere nuovamente instaurato dall'inizio: 'Ho ordinato di mandarti una copia del libello inviati da

<sup>3</sup> Punto di riferimento della mia lettura sono le pagine di R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961, rist. 1963, con qualche lieve modifica, 51 ss., 138 ss., nuova ediz., con una *Premessa* di E. Gabrielli e *Note introduttive* di M. Brutti, Torino 2021, 25 ss., 69 ss. Vedi più tardi, con una nuova trattazione e con riflessioni ulteriori, Id., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 193 ss., 579 ss., 606 ss.

Giulio Tarentino. Se egli sarà in grado di provarvi che è stato trattato ingiustamente a causa del raggio degli avversari e della corruzione dei testi attuata con il danaro, tu da un lato devi punire severamente questa condotta e dall'altro devi riportare il processo nella sua fase iniziale, se il giudice ha pronunciato la propria sentenza ingannato da un comportamento così malvagio'.

Il giudice è stato sviato da false attestazioni, procurate dagli avversari di Giulio Tarentino, che hanno corrotto i testimoni con una dazione di danaro. In seguito alla denuncia che la parte danneggiata ha indirizzato direttamente all'imperatore, questi ordina di trasmettere la documentazione ricevuta ad un magistrato-funzionario diverso e probabilmente di rango superiore rispetto a quello della causa civile alterata dalla *conspiratio adversariorum*. Contestualmente Adriano impartisce al giudicante l'ordine di instaurare un nuovo procedimento. Se saranno provati il raggio ed il falso nei comportamenti processuali degli avversari di Tarentino, questi dovranno essere sanzionati con un giudizio di natura penale; di conseguenza, svolgendo la procedura messa in moto dall'invio del libello, dovrà essere concessa la *restitutio in integrum* ed il processo civile dovrà ricominciare<sup>4</sup>. A lui spetta una duplice pronuncia: sul crimine contestato e sulla *restitutio litis*.

In base all'istanza avanzata dall'interessato, il *princeps* assegna la *cognitio* ed il rescritto non è indirizzato al richiedente, ma ad una figura dell'apparato imperiale alla quale si recapita una copia dell'atto introduttivo<sup>5</sup>.

Da chi è guidato il nuovo processo civile che si apre in base alle prove addotte da Tarentino? Anche se il testo non lo dice esplicitamente, lo stesso magistrato a cui è stato trasmesso il libello è in grado – in base all'ordine imperiale – di dare seguito al processo civile. Cancellando la sentenza, dopo l'accertamento della corruzione, egli ha assunto due decisioni: su un crimine e su una vicenda processuale tra privati. Di questa conosce già i termini, poiché ha esaminato le ragioni fatte valere dalle parti, nel momento in cui ha accertato il falso e la sua incidenza sulla pronuncia. Potrebbe perciò proseguire e portare a compimento la lite che ha riaperto.

Stando al testo, va tuttavia considerata anche un'altra ipotesi: che vi sia cioè una distinzione fra la trattazione relativa al *crimen* e la lite che si riapre davanti

<sup>4</sup> Vedi R. Bonini, *I 'libri de cognitionibus' di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della 'cognitio extra ordinem'*, Milano 1963, 111 ss. e 120 ed ora S. Puliatti, *Callistratus. Opera*, Roma 2020, 138 s. e 270 s.

<sup>5</sup> La stessa triangolazione (con il libello inviato dal *princeps* al magistrato che dovrà giudicare) figura in altri due casi decisi da rescritti di Antonino Pio. Nel primo caso è un processo civile, nel secondo penale. Vedi D. 34.1.3 (Ulp. 2 *de off. cons.*) e D. 48.6.6 (Ulp. 7 *de off. proc.*).

ad un altro giudicante. Si deve osservare comunque che la connessione coinvolge giudizi *extra ordinem*, per i quali non vale più la differenza penale-civile. Ed è indubbio che il rescritto ora citato già contempra, al di là delle ipotesi su chi dovrà guidare il nuovo giudizio civile, una cognizione con due diverse decisioni: quella sul comportamento criminioso (*rem severe vindica*) e quella che incide sul rapporto di diritto privato, in quanto cancella la sentenza (*in integrum restitue*). Come mostrerà l'esame di ulteriori enunciati prescrittivi (provenienti dai *principes* o dai *prudentes*), l'impianto comune dei giudizi penali e civili rende possibile la loro confluenza in un'unica procedura.

\* \* \*

Esamino ora altri dati testuali, che più chiaramente convergono nella definizione di un meccanismo giudiziario unico, comprendente modalità di accertamento riconducibili ai modelli tradizionali del giudizio pubblico e di quello privato. Essi sono perfettamente omogenei in quanto assorbiti nelle procedure cognitive: ciò agevola la trattazione congiunta.

Un esempio dell'intreccio tra giudizio penale e controversia civile si trova in un'annotazione di Marcello ad un passo dei Digesta di Giuliano. Vi è anche, alla fine, una postilla di Paolo. Trascrivo l'intero frammento per comprendere meglio quale sia il filo che lega le diverse opinioni. Tutte ruotano intorno all'esecuzione di una sentenza civile e alla possibilità di riesaminare, durante il procedimento di esecuzione, il merito di una lite già decisa.

D. 5.1.75 (Iul. 36 dig.): *Si praetor iusserit eum a quo debitum petebatur adesse et ordine edictorum peracto pronuntiaverit absentem debere, non utique iudex, qui de iudicato cognoscit, debet de praetoris sententia cognoscere: alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta et decreta praetorum. MARCELLUS notat: si per dolum sciens falso aliquid allegavit et hoc modo consecutum eum sententiam praetoris liquido fuerit adprobatum, existimo debere iudicem querellam rei admittere. PAULUS notat: si autem morbo impeditus aut rei publicae causa advocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandam vel exsequi praetorem ita iudicatum non debere.*

Se il pretore abbia ordinato la comparizione di un convenuto al quale veniva richiesto un debito e se, completata la serie delle citazioni in giudizio, egli abbia deciso che l'assente era tenuto al debito, allora il giudice che tratta il processo di esecuzione certamente non deve svolgere un accertamento sulla sentenza del pretore, altrimenti le citazioni in giudizio e i decreti di questo genere diverrebbero vani. MARCELLO annota: se l'attore scientemente e con dolo allegò nel giudizio elementi falsi e se sia stato chiaramente provato che in questo modo egli abbia conseguito la sentenza favorevole del pretore, credo che il giudice debba ammettere l'accusa di falsità promossa dal convenuto. PAOLO annota: se d'altro canto il convenuto chiamato in giudi-

zio non potè comparire perché impedito da una malattia o da un impegno pubblico, credo o che debba essere negata l'azione nei suoi confronti in base al giudicato, oppure che il pretore non debba procedere all'esecuzione.

Il pretore che pronunzia la sentenza, menzionato dai giuristi, è con ogni probabilità un *praetor fideicommissarius*. Il debito di cui si discute è derivato da un fedecommesso. Giuliano descrive un caso di mancata comparizione del convenuto in giudizio, a cui è seguita una sentenza di condanna. Questa – a suo avviso – non può essere oggetto di revisione nella fase esecutiva; altrimenti salterebbe ogni principio di osservanza delle sentenze.

Marcello, nella sua nota, suppone una fattispecie diversa, per la quale il principio appena enunciato viene capovolto. Vi è stato un contraddittorio sul fedecommesso, il convenuto era presente, ma l'attore si è valso, per vincere la lite, di falsi elementi di prova. Il giudice dell'esecuzione procede, in base alla denuncia del condannato, a verificare se vi sia stato un falso<sup>6</sup>. Intendo il termine *querella*, usato dal giurista, come sinonimo di accusa<sup>7</sup>. Se il *crimen falsi* è accertato, la sentenza non si esegue. Tale è la soluzione delineata dal giurista. Al di là di essa, possiamo ritenere probabile, dopo che l'esecuzione si è fermata, una riapertura della lite per ottenere una decisione di merito che rimedi all'inganno. Questo esito corrisponde alla disciplina disposta dal rescritto di Adriano sopra citato. La medesima linea normativa sarà ripresa da Alessandro Severo<sup>8</sup>.

La nota di Marcello è la parte del frammento che ci interessa di più, poiché colloca il giudizio sul falso entro il procedimento di esecuzione conseguente ad una sentenza civile. Si tratta di un unico meccanismo giudiziario che unisce profili penali e civili.

Infine, secondo la nota di Paolo, l'esecuzione di una sentenza può essere

<sup>6</sup> Mi sembra indubbio il riferimento allo stesso giudice dell'esecuzione di cui parlava Giuliano.

<sup>7</sup> Vedi D. 48.5.12 (11).6 (Papin. *l. s. de adult.*); D. 37.14.1 (Ulp. 9 *de off. proc.*); D. 48.6.6 (Ulp. 7 *de off. proc.*); D. 1.12.1.10 (Ulp. *l. s. de off. praef. urb.*); e sulla *querella falsi*, C. 9.22.12 (Imp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. *Primo* - a. 293).

<sup>8</sup> C. 7.58.2 (Imp. Alexander A. Optato): *Et qui non provocaverunt, si instrumentis falsis se victos esse probari possunt, cum de crimine docuerint, ex integro de causa audiuntur* [a. 224]. I soccombenti in una controversia civile, non avendo proposto appello nei termini previsti, possono provare il falso ed in base a ciò chiedere la *restitutio in integrum*. Questa operazione presuppone il giudizio su un *crimen* a cui segue il provvedimento restitutorio: unico rimedio dopo che sono decorsi i termini per l'appello civile. A proposito della incidenza del falso nel processo, per la quale sembra che si tolga valore alla sentenza (l'espressione usata è *in inritum devocare*), vedi C. 7.58.3 (Alexander A. Clementi). Siamo di fronte ad una connessione tra procedimenti che restano – a quanto pare – distinti, ma entrambi, quello per falso e quello che riapre la lite civile, con una struttura cognitoria che li assimila.

bloccata se l'assenza che ha impedito la difesa del convenuto, durante lo svolgimento della lite civile, sia stata causata da una malattia o da un impegno pubblico. È da sottolineare la duplice previsione del giurista: il rimedio è ricondotto alla *denegatio* dell'*actio iudicati*, richiamando i canoni formulari<sup>9</sup>, o si identifica con una decisione *extra ordinem* del *praetor fideicommissarius*: la stessa figura evocata da Giuliano. Anche la soluzione di Paolo è conciliabile con l'uso della *restitutio in integrum* al fine di ripetere il processo civile.

Torniamo al libro quinto dell'opera di Callistrato sulle *cognitiones* e ad un frammento che illustra la connessione tra misure repressive e regolamento di relazioni private, entro una stessa procedura.

D. 5.1.37 (Callistr. 5 *cogn.*): *Si de vi et possessione quaeratur, prius cognoscendum de vi quam de proprietate rei divus Hadrianus τῷ κοινῷ τῶν Θεσσαλῶν Graece rescripsit.*

Se si discute in sede giudiziaria di un'avvenuta violenza e di una controversia riguardante il possesso, Adriano ha disposto con rescritto indirizzato alla comunità dei Tessali che l'accertamento sulla violenza si svolga prima di quello sulla proprietà.

L'istanza rivolta all'imperatore dalla comunità dei Tessali è descritta in termini quanto mai generali. Con essa si chiede di stabilire l'ordine di precedenza tra un accertamento penale ed uno civile inerenti alla medesima fattispecie. In risposta, Adriano prescrive che la cognizione penale venga prima dell'altra. Il testo isola la decisione (tradotta in una massima), senza riferimenti al merito della trattazione giudiziaria. Il fatto che in rapporto alla contestazione penale di una *vis* sia prima menzionata una controversia possessoria e che subito dopo si nomini la *proprietas* come oggetto specifico di *cognitio* fa pensare ad una modificazione formale del testo, forse in origine più chiaro. Mi sembra comunque attendibile l'ipotesi che l'oggetto civilistico consista nel determinare a chi spetti il dominio sulla cosa, riconoscendo contestualmente la legittimità o illegittimità della situazione possessoria<sup>10</sup>. Questa in concreto è legata al giudizio su un *crimen* nel quale la cosa è coinvolta.

Lo stesso rescritto, con i medesimi destinatari e in una forma appena un po' più articolata, è citato da Marciano in un frammento dei *libri institutionum*. Ma

<sup>9</sup> È un segno del rilievo che hanno gli schemi formulari nelle concettualizzazioni paoline, tanto da essere impiegati anche in relazione a procedimenti cognitivi. Ciò riflette l'orientamento tendenzialmente conservatore del giurista, che ho cercato di mettere in luce nel mio lavoro: M. Brutti, *Pauli decretorum libri tres. Imperialium sententiarum libri sex*, Roma 2020, spec. 3 ss.; 32 ss.

<sup>10</sup> Ciò non esclude che la vicenda giudiziaria sia nata da un *interdictum de vi* con il quale il possessore difendeva la propria condizione giuridica (vedi sul punto D. Dursi, *Aelius Marcianus. Institutionum libri I-V*, Roma 2019, 40).

la decisione imperiale che fissa la sequenza tra le *cognitiones* è qui attribuita ad Antonino Pio e non ad Adriano.

D. 48.6.5.1 (Marcian. 14 *inst.*): *Si de vi et possessione vel dominio quaeratur, ante cognoscendum de vi quam de proprietate rei divus Pius τῷ κοινῷ τῶν Θεσσαλῶν Graece rescripsit: sed et decrevit, ut prius de vi quaeratur quam de iure domini sive possessionis.*

Se si discute in un giudizio di un'avvenuta violenza e del possesso o del dominio, Antonino Pio ha disposto con rescritto indirizzato alla comunità dei Tessali che l'accertamento sulla violenza si svolga prima di quello sulla proprietà; ma egli ha anche decretato che prima si discuta della violenza e poi della proprietà della cosa.

Si può immaginare che sullo stesso tema vi siano stati due rescritti identici, di Adriano e di Antonino, e che il secondo nasca da una nuova istanza in base ad elementi prima non considerati<sup>11</sup>; ma nella stesura del frammento di Marciano, come ci è pervenuta, non vi è alcun cenno che giustifichi una simile congettura. Piuttosto, vi è una descrizione della vicenda che introduce un elemento nuovo e successivo rispetto a quanto è detto da Callistrato. Infatti, subito dopo la citazione del rescritto, si attribuisce ad Antonino Pio una conseguente decisione: un *decretum* di identico contenuto.

È possibile che il testo di Marciano, prima di arrivare ai compilatori giustiniani, sia stato sbrigativamente manipolato da un copista con l'attribuzione ad Antonino del rescritto che era invece di Adriano. Ma anche questa è una spiegazione congetturale priva di un sostegno oggettivo.

L'unico dato intorno al quale non vi è ragione di dubbio è proprio il *decretum*, attribuito ad Antonino, che si accorda con l'esistenza di un intervento normativo anteriore (un *rescriptum*). Questo potrebbe essere stato di Adriano o dello stesso Antonino, o forse di entrambi. Callistrato e Marciano potrebbero avere utilizzato dati archivistici relativi a rescritti di contenuto pressoché identico, formulati dai due imperatori. L'indicazione dei destinatari, che ricorre identica per le due *constitutiones*, sarebbe comunque in uno dei due brani il risultato di un errore del giurista o di un rimaneggiamento più tardo.

Nessuna di queste considerazioni inficia l'attendibilità della parte sostanzialmente comune ai due testi, ove si definisce il meccanismo giudiziario che antepone la trattazione della *vis* alla controversia privata. È un congegno processuale molto simile a quello attribuito da Callistrato ad Adriano per il caso che aveva riguardato Giulio Tarentino, ove l'accertamento del falso aveva dato luogo alla *restitutio in integrum* e alla riapertura della lite civile.

<sup>11</sup> Dursi, *Aelius Marcianus* cit. 41.

Dobbiamo ora domandarci quale possa essere la vicenda nella quale coesistono e si sovrappongono il giudizio sulla *vis* e quello su *dominium* e possesso.

Ancora nel libro quinto *de cognitionibus* Callistrato racconta in modo particolareggiato un caso giudiziario trattato e risolto da Marco Aurelio, con una serie di elementi che possono riferirsi anche alla vicenda da cui era nato il rescritto ai Tessali. L'esposizione del giurista si trova in due testi gemelli collocati in parti diverse del Digesto, con qualche differenza nella forma e con due citazioni del provvedimento imperiale pressoché coincidenti. Il contesto è il medesimo e il decreto di Marco Aurelio riguarda la connessione tra la violenza e il rapporto di *ius civile* che intercorre tra le parti. Si tratta di un rapporto debitorio, nell'ambito del quale il creditore ha preso possesso della cosa dovuta, contro la volontà del debitore e senza l'esercizio di un'azione giudiziaria. Vi è quindi una *cognitio* che dispone in ordine al rapporto privato e in ordine alla *vis*. La procedura in questo caso sembra essere unica. Cito per primo il frammento dalla stesura più ampia:

D. 48.7.7 (Callistr. 5 *de cogn.*): *Creditores si adversos debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent: alioquin si in rem debitoris sui intraverint id nullo concedente, divus Marcus decrevit ius crediti eos non habere. verba decreti haec sunt. 'Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari, tu petitor es', et cum Marcianus diceret: 'vim nullam feci': Caesar dixit: 'tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire quicquam non iure facere. quisquis igitur probatur mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit'.*

I creditori, se fanno valere una pretesa nei confronti dei propri debitori, devono chiedere attraverso un giudice ciò che ritengono essere loro dovuto; altrimenti, il divino Marco ha decretato che, se si impossessano di una cosa del debitore senza che ciò sia stato consentito da alcuno, essi non hanno più il diritto di credito. Queste sono le parole del decreto: 'È cosa ottima che, se ritieni di avere pretese da far valere, tu eserciti le relative azioni giudiziarie. Nel frattempo la controparte deve conservare il possesso e tu sei l'attore'. Poiché Marciano diceva: 'Non ho commesso alcuna violenza', l'imperatore disse: 'Credi che vi sia violenza solo se siano feriti degli uomini? Vi è una violenza anche in tutti i casi nei quali uno non richieda per mezzo del giudice ciò che ritiene gli sia dovuto. Non credo del resto che compiere azioni in contrasto con il diritto si addica alla verecondia, alla dignità ed al rispetto cui tu sei tenuto. Se quindi risulterà a me provato che uno possieda temerariamente, senza la decisione di alcun giudice, una cosa del debitore mai a lui consegnata e che egli stesso ha dichiarato essere sua, allora non avrà più il proprio diritto di credito'.

Il secondo frammento riassume in forma più breve il medesimo atto normativo.

D. 4.2.13 (Callistr. 5 *de cogn.*): *Extat enim decretum divi Marci in haec verba: 'Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. cum Marcianus diceret 'vim nullam feci', Caesar dixit: 'tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse: ius crediti non habebit'.*

La perdita del credito è la conseguenza di un'appropriazione non avvenuta secondo il diritto. La *proprietas* del debitore è violata nel momento in cui la controparte si impossessa del bene, senza passare attraverso un processo che riconosca la sua pretesa. Quindi la *cognitio* di Marco Aurelio da un lato riguarda la *vis* commessa dal creditore attraverso l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni; dall'altro stabilisce se vi sia stata una trasmissione legittima della cosa oggetto del credito. La identificazione del *quicumque non iure facere* dà luogo ad una decisione duplice. Per quanto riguarda il rapporto di diritto privato, il fatto che davanti all'imperatore sia stata provata la *vis* implica l'illegittimità dell'aprensione e del possesso da parte del creditore.

Marco Aurelio dispone conseguentemente una misura sanzionatoria che non ha precedenti: è ancora una conferma della duttilità dei meccanismi cognitori, del peso e del potere risolutivo che ha su di essi la volontà del *princeps*. Il creditore infatti, per effetto della pronunzia imperiale, perderà il proprio credito. L'accertamento del *crimen*, che porta all'estinzione del rapporto obbligatorio, e il giudizio sulla cosa che ne era oggetto, ci appaiono strettamente collegati<sup>12</sup>.

Questa specifica connessione è prescritta anche in una *constitutio* di Settimio Severo. Se nei fatti che formano oggetto di una controversia possessoria si profila un *crimen*, è necessario condurre a termine il procedimento civile avviato e subito dopo trattare il *crimen*. La sequenza è opposta a quella indicata nel rescritto ai Tessali.

C. 7.62.1 (Sententia divi Severi data in persona Marci Prisci idibus Ian. Pompeiano et Avito cons., Severus dixit): *Prius de possessione pronuntiare et ita crimen violentiae excutere praeses provinciae debuit. quod cum non fecerit iuste provocatum est* [a. 209].

<sup>12</sup> Vedi B. Periñan, *Pomponio y la clasificación de los modos de extinción de las obligaciones*, in *Iura* 53, 2001, 180 ss.; M. Rizzi, *'Imperator cognoscens decrevit'*. *Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano 2012, 205 ss.; Puliatti, *Callistratus* cit. 275 ss.

Il preside della provincia doveva prima decidere intorno al possesso e poi svolgere l'accertamento relativo al crimine consistente nella violenza. Se non ha operato così, è giusto l'appello promosso contro la sentenza.

La pronunzia sul possesso deve procedere il giudizio penale sulla *vis*, in quanto può chiarire la portata e i fini dell'illecito<sup>13</sup>. La violenza che riguarda una cosa propria e che è una forma illecita di autotutela (simile a quella di cui parlava Marco Aurelio), è diversa dalla violenza su un bene altrui. Entrambi gli accertamenti si svolgono davanti al *praeses provinciae*. Se non si è attuata la connessione nei termini indicati dall'imperatore, la sentenza potrà essere impugnata.

Questa impostazione, in contrasto con altre anteriori (già esaminate) dà l'idea di una relatività dell'ordine in cui si dispongono gli accertamenti, condotti dal medesimo giudice.

Vent'anni dopo, Alessandro Severo stabilisce con un rescritto che il giudizio criminale si aggiunga ad una controversia civile, ove si sostiene che il testatore sia stato *compulsus*.

C. 6.34.1 (Imp. Alexander A. Severae): *Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus, vel quoslibet alios quos noluerit scripserit* [a. 229].

L'accertamento relativo ad un *crimen* si aggiunge alla controversia civile se il testatore non abbia redatto liberamente il testamento, ma sia stato costretto da colui che risulta istituito erede, oppure se abbia scritto i nomi di altri che non voleva come suoi eredi.

L'aggiunta anche in questo caso presuppone una precedenza della lite privata; ma ciò che conta è la complementarità dei due accertamenti entro una sola trattazione<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Secondo Bonini, *I 'libri de cognitionibus'* cit. 124, il collegamento è favorito dalla «riunione di competenze civili e penali nello stesso magistrato».

<sup>14</sup> Questo punto essenziale della *constitutio* era già stato segnalato molti anni fa, in un libro strettamente legato all'insegnamento di Orestano in tema di *cognitiones*: vedi L. Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano* 1, Milano 1961, 195: «... l'impiego di un'espressione generica come *disceptatio*, anziché di espressioni più tecniche o comunque più usuali – come *quaestio* o *causa* – fa piuttosto pensare che, proprio per la latitudine del suo significato, fosse idoneo ad esprimere il confluire delle due questioni in un giudizio unico». Vedi inoltre, 199, l'elenco di casi nei quali «il giudicante, conoscendo del *crimen* e applicando la relativa sanzione criminale, poteva al contempo ordinare il pagamento di determinate somme di denaro, con cui si realizzava il risarcimento del danno senza più bisogno di un'autonoma azione privata riparatoria». È chiarissima l'unificazione dei giudizi in D. 3.6.8 (Ulp. 4 *opin.*): *Si ab eo, qui innocens fuit, sub specie criminis alicuius, quod in eo probatum non est, pecuniam acceptam is cuius de ea re notio est edoctus fuerit: id quod illicite extortum est secundum edicti formam quod de his*

\* \* \*

Vediamo da ultimi due testi giurisprudenziali che confermano la prassi relativa allo svolgimento di un'unica procedura *extra ordinem* comprendente un giudizio penale ed uno civile. Risulta chiaro da questi frammenti che lo stesso giudice dal quale dev'essere decisa una causa penale può giudicare di una causa civile connessa e viceversa<sup>15</sup>.

D. 10.1.4.4 (Paul. 23 *ad ed.*): *Si dicantur termini deiecti vel exarati, iudex, qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest.*

Nel caso in cui si accerti che i termini di confine siano stati demoliti o per mezzo di un aratro divelti, il giudice che svolge la cognizione sul crimine può anche svolgerla sulla controversia relativa ai confini.

D. 48.1.6 (Marcian. 14 *inst.*): *Defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena extincta in quacumque causa criminis extincti debet is cognoscere, cuius de pecuniaria re cognitio est.*

Sebbene la persona sottoposta ad un procedimento criminale sia morta e la pena estinta, in qualunque trattazione giudiziaria civile relativa al crimine estinto, la cognizione dev'essere condotta dallo stesso giudice che accerta il debito pecuniario.

Nel primo brano, al procedimento penale *extra ordinem* previsto in caso di rimozione di cippi o di altri segni che indicano i confini, si accompagna la *cognitio* riguardante la delimitazione della proprietà<sup>16</sup>. Non vi è solo la punizione, ma viene deciso anche il ristabilimento dei confini: un equivalente funzionale dell'antica *actio finium regundorum*, in tutto rimesso all'iniziativa del magistrato, secondo il dettato imperiale,

Il frammento di Marciano si colloca entro lo stesso contesto (il quattordicesimo libro delle sue *Institutiones*), ove sono richiamati il rescritto che egli attribuisce ad Antonino e il *decretum* dello stesso imperatore, sulla connessione tra *crimen* consistente nella *vis* e situazione possessoria (D. 48.6.5.1). In entrambi i casi il principio fissato è l'unione in sede processuale della *cognitio criminis* e di

*est, qui pecuniam ut negotium facerent aut non facerent accepisse dicerentur, restitui iubeat et ei, qui id commisit, pro modo delicti poenam irroget.* Il magistrato-funzionario che svolge la *cognitio* accerta la dazione di danaro proveniente da un *crimen*, ordina la restituzione della somma illecitamente versata ed infligge la pena per il comportamento criminoso. Il tutto è da lui deciso attraverso la stessa *cognitio*. Risulta qui esplicitamente la possibilità di più decisioni contestuali, nell'ambito di un processo condotto dallo stesso giudicante, che già abbiamo visto in relazione al rescritto adrianeo sulla connessione tra falso e dolo processuale (D. 42.1.33).

<sup>15</sup> Vedi Orestano, *L'appello civile* cit. 63 nt. 1.

<sup>16</sup> Vedi B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1998<sup>2</sup>, 268.

quella riguardante una materia privata, valutabile in termini pecuniari.

Nel testo di Marciano (D. 48.1.6), l'accertamento relativo al crimine riguarda circostanze per le quali non può esservi punizione (essendo defunto il reo). Si giunge nell'ambito di una lite civile a quell'accertamento ed il giurista lo raffigura come parte di un'unica procedura. Il fatto è considerato sotto il profilo civilistico ed al tempo stesso è qualificato e preso in esame come *crimen* che ha inciso sui rapporti privati.

A ben guardare lo stesso concetto di 'connessione' è inadeguato a descrivere una situazione come questa, nella quale non vi sono due giudizi (poiché sul *crimen* non è più possibile un giudizio compiuto), ma profili penali e civili si intrecciano in una sola *cognitio*. Ciò è possibile, senza che al riguardo si dettino regole generali e cogenti, per effetto della discrezionalità e della fluidità di forme che contrassegnano i processi *extra ordinem*. Ne abbiamo visto gli esempi, a partire dall'età adrianea.

Non vedo motivi per negare la genuinità dei due testi di Paolo e Marciano (in D. 10.1.4.4 e in D. 48.1.6). Anzi, credo che i sospetti avanzati al riguardo nascano dalla tendenza, propria della critica interpolazionistica, a proiettare verso il così detto periodo postclassico le soluzioni e le forme processuali che, durante l'età della giurisprudenza o nei decenni successivi al suo epilogo, si distaccano dalla dicotomia *iudicia publica - iudicia privata*<sup>17</sup>. I due campi erano rigorosamente fissati nella legislazione augustea, ancora su questi temi dipendente dai modelli repubblicani. Ma nel corso del principato quei modelli sono stati sottoposti ad una progressiva erosione<sup>18</sup>.

Pochi decenni dopo che la giurisprudenza si è esaurita (mentre molte delle sue categorie concettuali sopravvivono), vediamo riflesso, in una costituzione imperiale del 262, il punto di arrivo dell'erosione: la pacifica confluenza dei due tipi di processo (ciascuno dei quali di volta in volta può essere principale o incidentale) in una *cognitio* unitaria.

<sup>17</sup> Orestano, *L'appello civile* cit. 58 ss. Il contesto storico entro cui l'autore scorge i segni e le ragioni del superamento di questa dicotomia è il principato; ma ancora egli guarda con cautela i testi che mostrano tra secondo e terzo secolo esempi di piena osmosi tra accertamento penale e civile. Richiama al riguardo la tesi di M. Lemosse, 'Cognitio'. *Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Paris 1944, 143, che considera interpolati i passi di Paolo e Marciano (D. 10.1.4.4 e D. 48.1.6). Ipotesi di questo genere derivano da una sottovalutazione delle novità giudiziarie che si fanno strada nel principato e che vediamo con chiarezza nell'età severiana. Novità che Orestano ha messo in luce più volte.

<sup>18</sup> In particolare sul rapporto tra *cognitiones* e giudizi formulari e sul progressivo affermarsi di un'impronta autoritaria nei processi, dall'età augustea in avanti, rinvio a M. Brutti, *Il dualismo giudiziario nel principato*, in F. Botta, F. Cordopatri (a c. di), *Il processo e le sue alternative. Storia, teoria, prassi*, Napoli 2017, 45 ss.

C. 3.8.3 (Imppp. Valerian. et Gallien. AA. Demetrio): *Cum civili disceptationi principaliter motae quaestio criminis inciderit vel crimini prius instituto civilis causa adiungitur, potest iudex eodem tempore utramque quaestionem sua sententia dirimere* [a. 262].

Quando il procedimento relativo ad un crimine si sia innestato in una controversia civile messa precedentemente in moto o quando la causa civile si aggiunge all'instaurazione di un giudizio penale, il giudice può nello stesso tempo dirimere entrambe le questioni giudiziarie con la propria sentenza.

Si può notare una continuità terminologica rispetto alla costituzione di Alessandro Severo del 229 (in C. 6.34.1): da un lato il termine *disceptatio*, riferito alla controversia civile; dall'altro l'uso del verbo *adiungere*, per indicare l'innesto procedurale. Nulla fa pensare ad una frattura normativa, ad un salto rispetto all'età severiana. La limpida determinazione espressa nel 262 illumina i testi precedentemente esaminati. Al pari di essi si colloca – io credo – su uno sfondo caratterizzato dalla varietà delle forme cognitive.

In molte pagine di Orestano, fin dal corso del 1953 sull'appello civile, e poi in particolare in uno scritto del 1980, è messa in luce questa varietà e se ne spiega il senso<sup>19</sup>. Sono state le dottrine ottocentesche a creare lo schema generale della *cognitio extra ordinem*, introducendo l'uso comune di questa espressione al singolare e cercando di individuare nel materiale normativo che essa comprende, il ricorrere di regole e distinzioni stabili. Ciò è avvenuto per effetto di una propensione ai dogmi, che è stata forte nel pensiero giuridico degli ultimi tre secoli, dominando anche lo studio storico.

Le esegesi che ho proposto mostrano invece il prevalere, negli *extraordinaria iudicia*, di scelte singolari, non uniformi, legate alla discrezionalità dei poteri giudiziari, quale si manifesta nelle concrete esperienze del principato: nelle *constitutiones* e negli schemi teorici dei giuristi.

### III. *Lettura delle fonti, storia, ordine giuridico*

La consapevolezza della distanza storica tra il diritto romano della *iurisprudentia* e quello della compilazione giustiniana è un filo conduttore dell'Uma-

<sup>19</sup> Vedi R. Orestano, *La 'cognitio extra ordinem': una chimera*, in *SDHI*. 46, 1980, 236 ss. poi in Id., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 469 ss. e in Id., *Scritti 3. Saggistica*, Napoli 1998, 1829 ss.

nesimo giuridico<sup>20</sup>. Gli studiosi di diritto tengono nel massimo conto il rispetto dei testi antichi e l'esame di questi in rapporto al tempo in cui sono nati. Ciò significa contestare l'assolutezza del *Corpus iuris* ed il principio di autorità che era stato interiorizzato dai medievali. Nella prospettiva di erudizione e di scoperta dominante nel Cinquecento, i giuristi – come i letterati – allegano spesso antiche *sententiae* a sostegno dei propri enunciati; ma lo fanno con un'autonomia nuova rispetto ai testi che leggono<sup>21</sup>.

Ora viene colta l'alterità del passato. Mentre il pensiero giuridico si libera dal primato della compilazione, mentre utilizza in modo selettivo e critica apertamente l'*interpretatio* di glossatori e commentatori, emerge in primo piano una visione del diritto che privilegia i momenti di formazione di superamento degli schemi che comprimono il presente. Insomma, un modo di pensare storico.

Cercherò di illustrare, attraverso qualche esempio testuale, la particolarità di questi studi, che problematizzano il proprio oggetto e guardano all'esterno, fino a scartare lo specialismo giuridico. Mettendo insieme ragionamenti che appartengono ad autori diversi e spezzoni teorici estratti da opere assai vaste, accomunati dal linguaggio e dalla somiglianza delle argomentazioni, so di correre un rischio: quello di appiattare in un disegno univoco esperienze e riferimenti culturali degli autori che mi accingo a citare. Ogni testo ha una propria logica (da indagare più specificamente) e tuttavia mi preme fare leva su alcuni punti di contatto, utili a rappresentare i termini, gli strumenti, attraverso i quali si afferma la cesura cinquecentesca, agli albori della modernità.

Aggiungo una considerazione sul pensare storico degli umanisti. Ritrovo questa pista di ricerca nei lavori di Orestano, tra gli anni 50 e 60 del Novecento e poi nei punti d'arrivo fissati dall'*Introduzione* del 1987<sup>22</sup>. Quelle pagine, rilette alla luce dei molti ulteriori contributi venuti nei decenni successivi, sono ancora utili a comprendere la storicizzazione delineata dal *mos gallicus*. Ne colgono le

<sup>20</sup> Vedi A. Mazzacane, *Profilo breve dell'umanesimo giuridico*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in on. di L. Labruna* 5, Napoli 2007, 3441 ss. L'espressione periodizzante indica «quelle correnti di studio del diritto romano, innovatrici e polemiche nei confronti della giurisprudenza medievale, che ebbero le loro radici negli studi letterari, storici e filologici dell'Italia del Quattrocento», per svilupparsi su scala europea nel Cinquecento, con la scuola che si chiamerà 'cultura' e con metodi sommariamente ricondotti alla nozione di *mos gallicus*. Come osserva Mazzacane, si stagliano in questo quadro «personalità e orientamenti differenti tra loro, difficilmente riconducibili a posizioni unitarie. Tuttavia – egli aggiunge – alcune linee di fondo sono riconoscibili nella varie esperienze». Le mie considerazioni si aggirano intorno a queste linee comuni.

<sup>21</sup> Sullo sfondo di quello che sarà definito 'un marriage' tra studio del diritto e *humanae litterae*. Vedi E. Pasquier, *Les recherches de la France*, Paris 1665 (cit. da Orestano, *Introduzione* cit. 580 nt. 11 e a proposito della 'critica filologica', 606 ss.).

<sup>22</sup> Vedi sopra, nt. 3.

peculiarità, che la letteratura successiva ha svolto ed approfondito<sup>23</sup>. Ma ancora di più i caratteri originali risaltano, se non si proiettano sull'Umanesimo altre immagini del rapporto passato-presente, ed in particolare quelle ottocentesche, che sono state alla base della pandettistica. L'affinità, che Orestano segnala tra i due momenti, non può intendersi come se la scuola savigniana avesse invero i programmi del *mos gallicus*. Dobbiamo ricordare, al riguardo, che lo storicismo giuridico sorto nell'Ottocento è prevalentemente orientato in senso quietistico. Perciò respinge non solo la sfida rivoluzionaria, ma anche le proposte di una nuova codificazione civile. Al contrario, il movimento umanistico, con gli schemi teorici di cui darò qualche esempio, punta ad una messa in discussione dei dogmi e ad una riforma intellettuale rispetto alla tradizione che essi cristallizzano. E talvolta anticipa una prospettiva codificatoria.

\* \* \*

Comincio col richiamare le *Annotationes in Pandectas* di Guillaume Budé, opera edita per la prima volta nel 1508. La critica verso gli autori medievali, a cominciare da Accursio, si mescola con un uso ampio e libero di fonti esterne alla giurisprudenza. La base è il Digesto, ma le annotazioni ai frammenti hanno in sé uno sviluppo che aggiunge molto a quel punto di partenza<sup>24</sup>.

Possiamo citare l'esordio (che mi sembra esemplare) e le prime pagine di questa raccolta, ponendo in luce l'intreccio tra il metodo di esame delle fonti

<sup>23</sup> Vedi tra gli altri, con una serie di riferimenti bibliografici, H.-E. Troje, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus*, in H. Coing (a c. di), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II, *Neuere Zeit I. Wissenschaft*, München 1977, 615 ss.; V. Piano Mortari, *Gli inizi del diritto moderno in Europa*, Napoli 1988; Id., *'Itinera iuris'*. *Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Napoli 1991; J.-L. Thireau, *L'alliance des lois romaines avec le droit français*, in J. Krinen (a c. di), *Droit romain, ius civile et droit français*, Toulouse 1999, 347 ss.; I. Birocchi, *Ala ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, 1 ss.; G. Rossi, *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia*, Roma 2008; P. Gilli, *Humanisme juridique et science du droit au XVI<sup>e</sup> siècle. Tension compétitives au sein des élites lettrées et réorganisation du champ politique*, in *Revue de synthèse* 6, 2009, 571 ss.

<sup>24</sup> G. Budaei, *Annotationes priore set posteriores in Pandectas* 1a ed. 1508, ed. Lugduni 1561. Nato nel 1467, morto nel 1540, coltiva studi filologici, specie sul mondo greco (vedremo tra un momento i richiami ad Aristotele). L'approccio ai passi del Digesto svela un pensiero giuridico originale. Nella considerazione di questo autore e degli spunti teorici che si traggono dalla sua lettura delle fonti, tengo conto di V. Piano Mortari, *'Studia humanitatis' e 'scientia iuris'*, in Id., *Diritto logico metodo*, Napoli 1978, 319 ss., e di Orestano, *Introduzione* cit. 621 ss. Vedi ora C. Bénévènt, R. Menini, L.-A. Sanchi (a c. di), *Les Noces de Philologie et de Guillaume Budé. Un humaniste et son oeuvre à la Renaissance*, Paris 2021 (v. tra gli altri saggi, J. Ceard, *Un humaniste au travail: les Annotationes in Pandectas*, 307 ss.).

e la visione che esso sottende. Punto di partenza è la distinzione tra il concetto di *ius* e l'endiadi *bonum et aequum*<sup>25</sup>. In questo schema, che i giuristi romani non definiscono, si riconosce secondo Budé la parte migliore dello *ius*. Il senso delle parole tratte dai discorsi antichi (assemblati dai funzionari giustiniani ed ai quali era stata attribuita per lungo tempo una immediata normatività) viene illuminato dalla puntuale applicazione del pensiero di Aristotele. Così l'umanista francese delinea un'immagine del diritto caratterizzata dall'apertura verso la molteplicità dei casi, dall'adattamento discrezionale operato dai giudici e dalle disposizioni particolari in deroga alle leggi generali.

*Ius est ars boni et aequi.) Accursius hunc locum enarrans, aliud bonum esse censet, aliud aequum: nec satis hoc explicat. Nos vero rem animadversione dignam esse iudicantes, explicandam latius censuimus. Ius est (inquit Donatus Grammaticus) quod omnia recta et inflexibilia exigit: aequitas est, quae de iure multo remittit. Terent. in Adelph.*

*Ille ut item contra me habeat, facio sedulo,  
Do, praetermitto: non necesse habeo omnia  
Pro meo iure agere.*

*Non est (inquit Donatus) necesse, etiam si liceat, saevum esse patrem. hoc est, suo iure agere. Et mire, inquit idem, ostendit Terentius, ius suum non nisi necessitate esse servandum. Inde meo iure, tuo iure, suo iure: de quibus alibi dicendum. Iulianus de contractibus bonae fidei loquens, In his contractibus, inquit, alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, id est, non de eo solo quod cautum est. Quod etiam ex bona fide dicitur alibi ab eodem. Paulus, Desiit enim bonum et aequum esse, iniuriarum condemnari eum, qui aestimationem praestitit. Papinianus, Quaesitum est, an ad heredem necessarium, cum se bonis non immiscuisset, sepulchri violati actio pertineret? Dixi, recte eum hac actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est.*

Il diritto è l'arte del buono e dell'equo.) Accursio, trattando questo enunciato, ritiene che il buono sia qualcosa di diverso dall'equo e non riesce a spiegare questa differenza. Noi, giudicando il tema degno di un'indagine, abbiamo ritenuto di spiegarlo più ampiamente. Il diritto (dice il grammatico Donato) è tale da esigere che ogni cosa sia regolata in modo inflessibile; l'equità è qualcosa che rinuncia in molta parte al diritto. Terenzio nell'*Adelphoe*: 'Faccio di tutto affinché egli mi ricambi allo stesso modo, concedo e lascio correre, non credo necessario agire in base al mio diritto'. Non è necessario (come dice Donato), anche se lecito, essere un padre severo, cioè agire in base al proprio diritto. E mirabilmente (come egli dice ancora) Terenzio mostra che il proprio diritto dev'essere tutelato soltanto ove ciò sia necessario. Quindi secondo il mio, il tuo o il suo diritto; ma di questo si può trattare in altro modo. Giuliano, parlando dei contratti di buona fede, dice che in questi contratti ciascuno

<sup>25</sup> Cfr. D. 1.1.1 pr.-1 (Ulp. 1 *inst.*).

è obbligato nei confronti dell'altro per una prestazione che si definisce in base al buono e all'equo e non soltanto in base a ciò che risulta promesso. E ciò egli stesso dice anche, con altre parole, in base alla buona fede. Paolo: Non è più buono ed equo condannare in un processo per ingiurie chi abbia versato una congrua riparazione pecuniaria. Papiniano: Si è chiesto se ad un erede necessario che non abbia acquisito i beni ereditari spetti un'azione per la violazione del sepolcro incluso tra quei beni, Ho detto che correttamente egli esercita questa azione, la quale è concepita secondo il buono ed equo.

Le citazioni della commedia *Adelphoe* di Terenzio e del suo commentatore Elio Donato introducono un punto di vista che ha ben poco a che fare con la valutazione giuridica dei comportamenti<sup>26</sup>. L'*agere suo iure* è espressione di una condotta fondata sulla rigorosa osservanza delle regole, che con una certa fantasia viene accostata all'atteggiamento del padre severo; all'opposto vi è la figura del padre benevolo, che conforma i propri atti all'indulgenza, quindi a principi di rispetto ed altruismo (*pudor et liberalitas*), compresi nel sintagma *bonum et aequum*. L'incidenza dei principi così definiti entro la disciplina dei contratti determina una latitudine dell'obbligazione diversa da quanto si è letteralmente promesso<sup>27</sup>. Budé richiama – come si è visto – due singole opinioni di Paolo e di Papiniano, estratte da luoghi diversi del Digesto, per avvalorare la operatività di una visione non rigoristica dello *ius*<sup>28</sup>. Ma questa può essere spiegata compiutamente solo ricorrendo ad Aristotele:

*... Aristoteles libro quinto Ethicorum de iustitia et iure copiose disputans, duo haec tanquam differentia ponit, non tanquam genere diversa, ius, & aequum bonumque id est (ut ipse appellat) τὸ κατὰ τὸν νόμον δίκαιον, καὶ τὸ ἐπεικέξ. Bonum & aequum, inquit, cum sit cuiusdam iuris, ius est praestantius vel melius: non autem ut genus aliud aequum & bonum, iure praestantius est. Porro aequum et bonum ius est, non illud quidem lege comprehensum, id est legitimum: sed legitimi iuris emendatio, hoc est ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου. Si quidem cum lex posita sit in universum, sint autem quaedam de quibus universim caveri non potest: lex tamen nihilo secius in universum loquitur necessitate coacta, tametsi id recte fieri nequit. videlicet lex id quod plerumque accidit, amplectitur, errati ipsa sui conscia: quamquam id non legis aut legislatoris, sed rei ipsius peccatum est. Sic enim natura comparatum est, ut omnia quae aguntur, eodem legis praescripto constitui non possint.*

<sup>26</sup> Terent. *Adelph.* 50-52. I versi successivi spiegano la funzione dell'indulgenza, con la quale il padre educa il proprio figlio, abituandolo a non mentire sulle mancanze che abbia commesso: ... *Pudore et liberalitate liberos / retinere satius esse credo quam metu*

<sup>27</sup> È attribuita a Giuliano la *lex secunda de obligationibus et actionibus*, su una materia che rientra nei *iudicia bonae fidei*. La citazione corretta è D. 44.7.2.3 (Gai. 3 *inst.*).

<sup>28</sup> D. 44.7.34 pr. (Paul. *l. s. de concurr. action.*); D. 47.12.10 (Papin. 8 *quaest.*).

Aristotele, discutendo ampiamente di giustizia e diritto nel libro quinto dell'*Etica*, definisce differenti, benché non appartenenti a generi diversi, il diritto e l'equo e buono, cioè (come egli dice) quel che è giusto davanti alla legge e quel che è equo. Il buono ed equo – aggiunge – è la parte migliore ed eminente del diritto, e lo è senza costituire un genere diverso. Inoltre l'equo e buono è diritto; non è quello fissato dalla legge, cioè legittimo; ma è una correzione del diritto legittimo, cioè una riforma di ciò che è nella legge. Se dunque, essendo la legge posta in termini universali, vi siano anche determinati aspetti per i quali non si può provvedere con la stessa generalità, tuttavia la legge è costretta necessariamente a disporre in questi termini, anche se ciò non può avvenire in modo corretto. È evidente che la legge abbraccia ciò che accade il più delle volte, ammettendo essa stessa l'errore; sebbene questo derivi da una mancanza non della legge o del legislatore, ma della situazione stessa. Così infatti la natura ha stabilito che tutte le azioni non possano essere regolate da una stessa prescrizione di legge.

L'equità (ἐπιχειρία) è una correzione del diritto: si colloca al suo interno ed è capace di modellarsi su singole, concrete situazioni, oltre la legge che *in universum loquitur*. I casi che sfuggono alla previsione astratta mettono in moto procedimenti di integrazione affidati ai magistrati e ai giudici. Questa non è un'eccezione, ma una necessità, nel momento in cui si stabilisce il rapporto tra ciò che è prescritto e la concretezza delle azioni umane. È ancora Aristotele ad indicare la via. Vi sono fatti – egli spiega – che sfuggono alla formulazione generale delle leggi; ad essi deve applicarsi una decisione di livello diverso, capace di interrompere e modificare la linearità delle regole, il loro rigore<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> G. Budaei, *Adnotationes priores et posteriores* cit.:... *Hac igitur ratione τὸ ἐπιχειρῆς, ut Aristoteles vocat, id est aequum et bonum, emendatio est iuris scripti, quod ipse τὸ δίκαιον appellat, quatenus scilicet aliter de nonnullis statuit, de quibus lex ferri non potuit in universum: quod ipsum ut fiat, decreto opus est vel plebis scito*. Il riferimento a prescrizioni particolari, espresso con i termini *decretum* e *plebis scitum* si collega alla parola ψήφισμα, impiegata da Aristotele, che indica, senza una valenza tecnica, una prescrizione particolare. Possiamo tradurre ψήφισμα con il vocabolo 'decreto' o più genericamente con 'decisione': comunque una determinazione normativa che si distacca dall'astrattezza della legge. *Quippe indefinitarum rerum indefinita et norma esse debet, ut quemadmodum in Lesbia structura, plumbea norma adhiberi solet, quae ad lapidis formam transformari possit et su binde immutata: sic ad huiusmodi species rerum, cum usus venerit, decreta accommodari oportet legi derogantia ... Aristoteles significat eos iudices, quibus ex bono et aequo rapporto iudicare aut legibus aut moribus licet (cui huiusmodi sunt suprema tribunalia, quae praescripto iuris usquequaque non adstricta sunt, id est quae interdum pro re nata liberam causarum disceptationem habent) aequo et bono ita uti debere, ut cementarii fabri soleant structuras suas ad normam exigere: Lesbii soli plumbeam normam habentes pro arbitrato suo flexibilem et subinde mutabilem, ita ad normam structuram suam exigunt, ut ... normam ad structuram inflectant ...* Vedi Aristot. *Eth. Nic.* 5.14, 1137a-1138a: «... Per questo l'equo è giusto, ed è migliore di una qualche forma di giusto, e non del giusto in assoluto, bensì dell'errore dovuto

Vi è dunque un mutamento introdotto ogni volta che entra in gioco l'equità; non è solo l'istanza morale che si sovrappone al diritto, ma è una componente interna di questo. Nasce dalla novità dei casi e dall'insufficienza delle leggi, rispetto alle quali i giudici e soprattutto i tribunali di rango più elevato esercitano un potere di integrazione, secondo criteri flessibili. Così si aggiunge un elemento dinamico all'*interpretatio*, che i medievali avevano vincolato alla intangibilità dei testi normativi. Uno spunto teorico analogo si ritroverà più tardi nell'opera di Luis Vives, ove è tracciata un'analogia distinzione tra le forme giuridiche consolidate e l'equità<sup>30</sup>. Il testo di questo umanista spagnolo<sup>31</sup>, che insegnerà a Bruges nelle Fiandre occidentali, echeggia i temi della scuola culta francese<sup>32</sup>.

Qual è il significato della opposizione al dominio dello *ius strictum*, in particolare nella forma più nitida tracciata da Budé? Rispetto all'idea di certezza delle norme e alle immagini di un mondo pratico sottomesso alle previsioni astratte, vi è qualcosa di scandaloso nella esaltazione della flessibilità. Si può dire che le leggi e i fatti – secondo la raffigurazione di Budé – non siano più al proprio posto, o meglio che le immagini tradizionali siano scosse dall'esigenza di una nuova normazione guidata dalla scienza e capace di fare i conti con le

al dire in universale. Ed è questa la natura dell'equo, in quanto correttivo della legge, là dove essa omette qualcosa a causa del suo dire in termini universali ... Infatti di ciò che è indeterminato è indeterminata anche la regola, come il regolo di piombo usato nelle costruzioni di Lesbo: il regolo si adatta infatti alla forma della pietra, non sta rigido ed anche il decreto (o la decisione) si adatta ai fatti». Nel discorso svolto da Budé, la dicotomia legge-decreto è pacificamente applicata al rapporto tra norma e sentenza giudiziaria e lo schema è ricavato da Aristotele. In questo senso si veda anche il riferimento iniziale ai *iudicia bonae fidei*, che nascono dai contratti e nei quali il giudice decide in base al buono e all'equo. Così era detto in D. 44.7.2.3 (Gai. 3 *inst.*).

<sup>30</sup> Vedi I. L. Vivis, *De disciplinis Libri XX*, Lugduni 1531 (VII libro, primo tomo), 198. Non viene utilizzato lo schema aristotelico, sebbene l'autore chiaramente colleghi il ruolo dell'equità alla insufficienza della legge che non è in grado di coprire tutti i casi. Prevale un'idea di equità diversa da quella di Budé, intesa come valore operante nel diritto e non come via per adattare la norma alla realtà. ... *Aequitas universalitas est quaedam, lex deductio et species. Sed iis rivis, et quasi incilibus, aquam continenter ex illo aequitatis fonte suppeditare oportet, sine qua inciles continuo areserent. Etenim aequitas legum anima, vis, vigor, qua sublata concidunt necesse est leges emortuae. Nihil est enim iniquius quam leges, quae per aequum & bonum non spirant, ac reguntur. Lex de omnibus cavere non potest. Aequitas omnibus praesto est. Idcirco statim initio iuris civilis, ius finitur ars boni et aequi ...*

<sup>31</sup> Nato a Valencia nel 1492, morto a Bruges nel 1540.

<sup>32</sup> La presenza di un punto di vista storico nella sua riflessione era stata già messa in luce da E. Garin, *Leggi, diritto e storia nelle discussioni dei secoli XV e XVI*, in AA. VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966, 417 ss. Sul tema dell'equità, Garin (420 s.) cita anche un passo di Cornelio Agrippa del 1518, dall'opera *De incertitudine et varietate scientiarum*, più vicino allo schema aristotelico adoperato da Budé.

particolarità della prassi. Secondo Aristotele «di ciò che è indeterminato è indeterminata anche la regola, come il regolo di piombo usato nelle costruzioni di Lesbo». E muovendo da questa premessa il filosofo greco indicava la via: «il regolo si adatta alla forma della pietra, non sta rigido; ed anche la decisione si adatta ai fatti».

L'uso umanistico di un pensiero filosofico esterno alla scienza giuridica non è solo il sintomo di un'apertura culturale, ma serve a raffigurare con una problematicità inedita l'applicazione delle norme, la prassi multiforme in funzione della quale si producono i cambiamenti. Il concetto di *bonum et aequum*, così ampiamente trattato all'inizio delle *Annotationes*, diviene una consistente alternativa rispetto alla visione statica del diritto e delle leggi *in universum*. Implica una critica alla fissità delle prescrizioni e a quelli che l'autore chiamerà *dogmata iurisconsultorum*<sup>33</sup>.

La scoperta della particolarità dei casi, oltre le previsioni normative limitate all'*id quod plerumque accidit*, è propedeutica ad una visione realistica del divenire giuridico: la varietà, i mutamenti sono segnalati via via con maggiore nettezza. E quando Luis Vives critica le leggi per la loro parzialità, che consiste nel guardare soltanto ad interessi particolari o all'utilità dei tiranni, egli mira ad un allargamento nella intelligenza delle cose, da cui prende vita la normazione<sup>34</sup>. Su questo modo di vedere si innesta l'interesse umanistico per la storia e lo studio di essa come elemento essenziale alla scienza giuridica. Da un lato l'incertezza e l'ingiustizia delle leggi si capiscono attraverso la rievocazione di

<sup>33</sup> Budaei, *Annotationes* cit. 27.

<sup>34</sup> Vives, *De disciplinis* cit. 198: *Prima ergo legum perturbatio in ipsis derivatoribus fuit, eae aquae in tubulis: quod qui leges sanxerunt, sive imperitia atque ignorantia tenerentur, sive pravis animi cupiditatibus ac concitationibus versarentur & obedirent*. Ignoranza ed imperizia minacciano la legislazione ed inducono i difetti che da essa si sviluppano. Ancora la metafora dell'acqua che scorre, per indicare le norme in azione. Sulle leggi può prevalere la *perturbatio*, quando esse siano poco eque. *Ignorantia fuit, sub qua inconsiderantia clauditur, quod ingenio regionis, et suorum hominum haud satis animadverso leges ferunt, aut quieti noxias, aut graviores flagitiis quam par est, aut ad distributionem ac commutationem parum aequas* ... L'ignoranza dipende dal fatto che le leggi sono formulate in base ad una scarsa conoscenza delle tendenze ideali dominanti in una determinata regione e nei suoi abitanti; e ciò vale sia per le leggi che aderiscono allo stato delle cose (alla quiete), sia per quelle che determinano ingiustizie, poiché sono poco eque per quanto riguarda la distribuzione e lo scambio di beni. Ma l'ingiustizia non è solo un frutto dell'ignoranza. Vives tocca anche il tema degli impulsi (*affectus*), capaci di condizionare chi fa le leggi: ... *Affectibus qui urgentur, ut affectus ipsi perquam varii sunt. Alii adducti sunt amore quodam sui ipsorum, ut qui ad suas utilitates retulerunt leges: sicut Tyranni, qui statuerunt leges sibi utilissimas, inutiles aliis. Aut qui leges utiles suae civitati, noxias exteris; qui ita odio aliquorum vitiorum exarserunt ut illis iusto maiorem poenam imponerent* ... La legge può essere condizionata dagli interessi particolari e dall'ostilità verso l'una e l'altra condotta. Infiammarsi per la repressione dei vizi allontana dal giusto.

vicende lontane nel tempo e nello spazio; dall'altro le differenze, le contrapposizioni sono materia viva del lavoro intellettuale<sup>35</sup>.

Vi è una convergenza tra questa puntuale rassegna di azioni umane commiste ad orientamenti normativi e l'apologia della storia esposta da Andrea Alciato in un testo del 1517. Si tratta della *Epistola nuncupatoria*, indirizzata a Galeazzo Visconti, che introduce un breve scritto dal titolo *In Cornelium Tacitum annotationes* e che ha avuto una circolazione autonoma a partire dal 1530<sup>36</sup>.

Il tema che l'autore illustra è la funzione degli *scriptores rerum gestarum*<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> *Ibid.* 198 s.: ... *Quod Draconem Atheniensem fecisse tradunt: quem Solon dicit leges sanguine scripsisse: nam omnibus vitiis poenam capitalem adiecit: quas leges postea Solon mitigavit. Fredericus Tertius furtis suspendium addidit, qua pena nunc per Europam utimur. Est gens in qua furari habetur festivum factum, ut pueris olim lacedemone, & in Aegypto. Et in qua adulteria sunt impunita, ut ante potentiam Caesarum Romae. Postea poena est dicta lege Iulia ...* La spiegazione dei mutamenti non è limitata alle scelte e agli *affectus* di chi fa le leggi; essa investe anche i popoli. *Ducuntur legislatores, aut populi studiis aut necessitatibus. Apud nos plaereque leges favent bello. In nova India adversantur bello. Lacedaemoniae leges eran omnino bellicae, quo nomine a philosophis merito repraehenduntur. Quae regiones sine mercatura tutori se vix possunt, ut Bellica, in iis leges immense favent negotiationi.* La esemplificazione comprende la guerra, i commerci, ed accanto a questi i conflitti sociali e politici: ... *Valuit in quibusdam odium hominum vel ordinum, ut quae Romae contra plebem sunt a patritiis decreta, vel quae a plebe contra patritios scita. Quae a L. Silla contra tribunos plebis ...* È il caso di sottolineare che ai brani finora citati se ne potrebbero aggiungere altri numerosi. Pagine e pagine nelle quali torna la ricognizione di accadimenti e leggi che si intrecciano e si contraddicono. Il fine dello studio è comprendere le circostanze evocate, prospettando al di là di esse un'idea di giusto, che tiene conto proprio dell'equità, quale alternativa allo *ius strictum*.

<sup>36</sup> A. Alciati, *In Cornelium Tacitum Annotationes*, preceduto dalla *Epistola Nuncupatoria*, in Id., *Operum Tomus IIII*, Basileae 1582, 4, col. 1079 ss. Vedi G. Rossi, *L'encomium historiae (1517) di Andrea Alciato: lo studio della storia antica e la nascita dell'umanesimo giuridico*, in L. Secchi Tarugi (a c. di), *Antico e moderno: sincretismi, incontri e scontri culturali nel Rinascimento*, Firenze 2020, 265 ss. (con riferimenti alla bibliografia anteriore su ricerca antiquaria e visione storica negli umanisti). Vedi inoltre A. Belloni, E. Cortese, *Alciato (Alciati) Andrea*, in *DBI*, Bologna 2013, 29 ss. Sugli aspetti che lo collegano agli autori della «scuola culta francese», Orestano *Introduzione* cit. 70 s.; 610 ss. Le convergenze che egli illustra sono alla base degli accostamenti che sto proponendo. Nello scritto di Rossi appena citato sull'*Encomium historiae* (272 nt. 13), sempre a proposito del giurista italiano si segnala l'importanza delle pagine di Orestano, «che non esitava ad indicare 'la storia come problema centrale dell'Umanesimo giuridico'. valorizzando il ruolo di 'capostipite' di Alciato». È un esempio del rilievo che la migliore e più recente letteratura riconosce a quegli studi.

<sup>37</sup> È il caso di precisare che in tutti i testi da me citati il termine *historia* indica la narrazione: quel che chiamiamo sapere storiografico. Nell'*epistola* di Alciato si coglie fin dall'inizio – come ha messo in luce Rossi, *L'encomium historiae* cit. 280 – uno spostamento dalla *historia*, intesa come forma di conoscenza e genere letterario, alla condizione e al ruolo degli *historici* nell'orizzonte umanistico.

*Maxima semper apud veteres fuit historiae autoritas, eoque omnibus temporibus in honore habita, ut cum plurima variarum rerum studia et quidem nobilissima haberentur, rerum tamen gestarum scriptores semper primas partes sibi vindicarent. Prosit corporibus medicina, publice intersit plurimos esse Iurisconsultos, summos se in fastigio positos credant philosophi, de gradu deici non sinat se militari gloria, cedunt haec tamen cessereque omnia historiae autoribus: cumque nulla non artium aliquo tempore male audiverit, solam hanc professionem extra aleam esse, semper existimatum est...*

Sempre presso gli antichi fu massima l'autorità della storia, e perciò fu onorata in ogni tempo, sicché, pur essendo considerati nobilissimi molti studi su varie materie, tuttavia gli scrittori di cose avvenute hanno sempre rivendicato a sé un ruolo di primo piano. Se la medicina giova ai corpi, se corrisponde ad un interesse pubblico che vi siano molti giureconsulti, se i filosofi credano di essere posti al vertice e se la gloria militare non tolleri di essere abbassata di grado, tuttavia queste professioni<sup>38</sup> sono inferiori tutte e lo sono state in passato rispetto agli autori di storia; e mentre qualcuna delle arti è stata in qualche epoca biasimata, si è sempre ritenuto che questa sola professione fosse fuori da ogni rischio...

L'illustrazione di questo primato supera l'ambito di una *laudatio* retorica per indicare due caratteri specifici degli *autores historiae*. Anzitutto, la memoria dell'antica Roma dimostra che essi non sono mai stati in contrasto con la *civitas*, a differenza dei filosofi, dei retori, dei matematici. È come se l'adesione ai fatti li mettesse al sicuro. In secondo luogo, la narrazione della storia è disinteressata, non volta ad un profitto, ed anche in ciò può vedersi una garanzia di verità.

*... Eiecti urbe Roma pluries philosophi et rhetores fuere, senatusconsultis quoque diffamati mathematici, nec medici nisi post sexcentimum et eo amplius annum conditae urbis admissi, cum tamen interim Gn. Piso, Fab. Pictor, caeterique annalium scriptores summam dignitatem nanciscerentur. Si enim id genus professores cur tantopere suis studiis incumbant, diligenter animadverterimus, non aliud certe causae erit, quam pecuniae cupiditas ... at sola gloriae cupiditate scribitur historia, non mercenario obnoxia stipendio, sed quae sola sibi ipsi pulcherrimum praemium sit ...*

Molti filosofi e retori furono scacciati dalla città di Roma e vi furono anche senatoconsulti che gettarono infamia sui matematici; e i medici furono ammessi non prima di seicento anni ed anche di più, dalla fondazione dell'urbe, mentre nel frattempo raggiungevano un'altissima dignità Gneo Pisone, Fabio Pittore ed altri scrittori di annali. Se infatti diligentemente cercheremo la ragione comune per cui i professori si applicano così tanto ai propri studi, non altra sarà certamente la causa se non l'avidità di danaro ... invece la storia si scrive soltanto per il desiderio di gloria, non è soggetta ad uno stipendio mercenario, ma è tale da costituire un bellissimo premio a se stessa<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> I termini *professio* e *professores* sono usati più avanti nel testo.

<sup>39</sup> È implicito l'accostamento alla virtù: vedi Sil. Ital. 13.663; Sen., *De vita beata*, 9, 4 (*Interrogas quid petam ex virtute? Ipsam. Nihil enim habet melius, eni ipsa pretium sui*); *De clem.* 1.1.

Traspare dal testo l'aspirazione a fare della storia un sapere certo e comprensivo della realtà: «così – egli scrive – la storia utile a tutti si regge su un appoggio fermissimo (*firmissimo pedamento nititur*)». Quello che propone Alciato è quindi un racconto che non si distacca dal mondo empirico; perciò è solido. Il suo *encomium* contribuisce ad una tendenza espressa anche con altre voci di umanisti, che più esplicitamente mirano a convertire la narrazione storica in un dispositivo interno alla scienza del diritto. Sia ai fini di una nuova normazione, sia per intendere meglio l'oggetto dello *studium iuris*.

\* \* \*

Passo ad esaminare, in questa prospettiva alcune altre formulazioni umanistiche intorno al tema della storia. Cito per primo un piccolo libro pubblicato nel 1567: l'*Antitribonian* o *Antitribonianus* di François Hotman<sup>40</sup>. È un manifesto di riforma giuridica, pervaso da un'ispirazione che si emancipa dall'obbedienza ed è simile a quella che aveva portato l'autore, sul terreno religioso, alla scelta protestante, alla rottura con la famiglia ed alla devozione a Calvino<sup>41</sup>.

Il punto di partenza è una domanda teorica sul diritto, legata alla relativizzazione delle norme trasmesse dai compilatori: frammenti giurisprudenziali e *constitutiones* che la scienza medievale unificava entro il termine *leges*. È possibile che lo stesso diritto privato valga per epoche e modi di vita così differenti tra loro come quelli della giurisprudenza romana (dalla repubblica al principato) e quelli di Giustiniano?

«Gli eruditi di ogni epoca – osserva l'autore – hanno riconosciuto e tenuto ferma una regola: le leggi devono essere costituite ed adattate alle forme dell'organizzazione politica e non viceversa»<sup>42</sup>. In questo rapporto con la politica ed i suoi mutamenti si trova la principale ragione di diversità tra il diritto dei romani e quello dell'impero bizantino. Il salto tra le due epoche fonda il riconoscimento della relatività: lo studio del diritto privato, svolto secondo questa prospettiva, mostra da un lato l'eterogeneità interna che caratterizza i testi cristallizzati nelle immagini della scienza medievale, dall'altro le differenze che emergono dal diritto dei *prudentes* romani.

Le «*disputes scabreuses et espineuses*» sono, secondo Hotman, la forma in

<sup>40</sup> F. Hotman, *Antitribonian*, 1567, ediz. Paris 1603. Cfr. anche la traduzione latina in Christ. Godofr. Hoffmanni, *Historia iuris Romano-Justinianei*, Lipsia 1818, 24 s.

<sup>41</sup> Vedi A. Leca, *Hotman François* (1524-1590), in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (a c. di), *Dictionnaire historique des juristes français (XIIIe-XXe siècle)*, Paris 2007. Vedi ancora Orestano, *Introduzione* cit. 197 ss., 580 ss., 628 ss.

<sup>42</sup> Hotman, *Antitribonian* cit. chap. 2, 6.

cui si esprime quel diritto, riscoperta dallo studio dell'antichità<sup>43</sup>. Il riflesso politico è la discrasia tra i modelli romani e il presente: non possono valere da soli quelli giustinianeî né quelli dei giureconsulti, poiché gli uni e gli altri sono confinati nella loro particolarità, nelle antinomie che li attraversano.

*Or posons maintenant le cas, que quelque bon & excellent esprit de nostre France ait peu par son grand & continuel travail acquerir la cognoissance de telles choses & entendre aussi parfaitement leur nature qualité & condicion, avec la forme & maniere d'en user, comme fait un Caton, un Scevola, ou un Manilius; & qu'avec cette science seule & sans la cognoissance de la pratique Françoisse, il se presente en un palais ou autre siege de ce Royaume: qui ne sait qu'il y sera presque aussi nouveau & aussi estrange, comme s'il estoit arrivé aux terres neuves entre les sauvages de l'Amerique?*

... Ora poniamo il caso che qualche eccellente spirito della nostra Francia abbia acquisito, con grande e continuo impegno, la conoscenza di queste discipline ed abbia potuto intendere la loro natura, qualità e condizione, assieme al modo di farne uso, così perfettamente come un Catone, uno Scevola o un Manilio; e che con questo solo sapere e senza la conoscenza della pratica forense si presenti in un tribunale o in un'altra sede del regno: chi ignora che egli sarà altrettanto inesperto e straniero, come se fosse giunto in terre nuove tra i selvaggi dell'America? ...<sup>44</sup>.

Dunque, non solo la pratica giuridica deve sottrarsi alla tentazione sempre più irrealistica di applicare regole di tempi trascorsi senza un ripensamento ed una ridefinizione; ma è anche necessario un passaggio ulteriore. Occorre una normazione nuova (qualcosa di simile ad un codice per il presente) che miri ad una maggiore certezza. Il fine è un complesso di regole di giustizia ispirate ad un discorso razionale.

Un nuovo testo unico ed ufficiale può includere materiali del diritto romano, ma deve sottoporli ad una cernita, mescolandoli con il meglio che si può trarre dalla filosofia e dall'esperienza: *et finalement de l'experience*, scrive con enfasi, sottolineando come il progetto normativo debba misurarsi con la prassi. È il punto di arrivo, il culmine dell'ultimo capitolo, intitolato *Advis sur l'esperance de quelque reformation*<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> *Ibid.*, chap. 4, 27.

<sup>44</sup> *Ibid.*, chap. 5, 36.

<sup>45</sup> *Ibid.*, chap. 18, 152 s. «... Toutesfois pour ne lascher par trop la bride à une licence abandonnee de juger de toutes causes, il seroit fort aisé (ce me semble) & principalement en ce tems qu'il a pleu à Dieu nous prester un Solon en nostre France, qui est ce grand Mischel de l'Hospital, d'assembler un nombre de Jurisconsultes, ensemble quelques hommes d'Etat, & autant des plus notables Advocats & Praticiens de ce Royaume, & à iceux donner charge de rapporter ensemblement ce qu'ils auroient avisé & extrait tant des livres de Iustinian (dont ils pourroient choisir le plus beau & le meilleur, qui

Hotman usa l'esempio della raccolta e della concentrazione del materiale legislativo in pochi libri, che risale alla Roma repubblicana e coincide con l'idea posta a base del *De legibus* ciceroniano. Alla fine, immagina un complesso di norme ispirate ad un discorso razionale.

Così le regole provenienti dalla tradizione sono scelte e rilegittimate. Superata la correlazione con gli interessi e con la vita sociale di un tempo determinato, esse devono perseguire, come nelle antiche formulazioni della sapienza romana (Hotman cita in proposito Cicerone), fini di giustizia e di equità naturale. Mi sembra chiara la corrispondenza con il pensiero di Budé in ordine al valore giuridico (innovativo) dell'*aequum et bonum*. Ma vi è qualcosa di più: il fine delle nuove norme è stabilire, con un 'discorso di ragione', leggi che vadano bene per tutte le nazioni.

*... je supplie les lecteurs de se souvenir qu'il a environ seze cens ans, que Ciceron dressa une toute pareille entreprise. Car voyant la multiplicité & confusion de tant de loix Romaines, & principalement considerant que ce droit civil (ainsi qu'il a esté dit auparavant) n'estoit qu'un droit particulier pour entretenir une prerogative de la bourgeoisie Romaine, sans avoir égard à une equité naturelle, composa plusieurs livres intitulez des Loix (lequels toutesfois sont pour la plus-part ou perdus ou égaréz) au premier desquels il remonstre tressagement, que pour bastir un cors de droit civil, il ne faut avoir égard ni au Grec, ni au Romain, au Preteur ni au Consul, mais sans exception de personne, se proposer la justice & equité naturelle pour but; & par bon discours de raison établir des loix propres & convenables à toutes les nations du monde ...*

... prego i lettori di ricordare che Cicerone circa milleseicento anni fa si è indirizzato verso un'impresa del tutto simile. Vedendo infatti la molteplicità e la confusione di molte leggi romane e soprattutto considerando che questo diritto civile (come si è detto sopra) non è stato altro che un diritto particolare per tutelare ciò che è prerogativa della cittadinanza romana, senza avere riguardo per un'equità naturale, egli ha composto più libri intitolati *Intorno alle leggi* (che oggi in massima parte sono perduti o smarriti), nel primo dei quali mostra con accuratezza che per elaborare un corso di diritto civile non bisogna avere riguardo né per chi è greco o romano né per il pretore o per il console, ma senza eccezione alcuna proporsi come scopo la giustizia e l'equità naturale ed attraverso un corretto discorso di ragione stabilire leggi adatte e convenienti a tutte le nazioni del mondo ...<sup>46</sup>.

seroit à vrai dire un thresor inestimable) que des livres de la Philosophie; & finalement de l'experience qu'ils auroient acquise au manieement des affaires. Et par ce moyen imiter l'exemple de ce grand Iule Cesar, duquel Suetone escrit en telle sorte: *Ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque & necessaria in paucissimos conferre libros...*. Va sottolineato il nesso che il testo stabilisce tra l'istanza codificatoria – ben chiara nella citazione di Svetonio – e l'idea di riforma. L'assemblaggio di norme, secondo la proposta, non si limita a riflettere l'esistente o la tradizione, ma porta anche con sé un disegno innovativo.

<sup>46</sup> *Ibid.*, chap. 18, 156 s.

Si tratta di una convenienza connessa con le diversità inerenti alle situazioni da regolare; sappiamo che Hotman non le ignora. Eppure, nel programma finale avvertiamo il germe di una nuova vocazione universalistica.

\* \* \*

All'incirca negli stessi anni, il rapporto tra l'approccio relativizzante e lo studio storico è definito da François Baudouin, con una prospettiva in parte diversa, nella quale tuttavia si continua a pensare che il diritto romano, una volta messa in discussione l'autorità del *Corpus iuris*, abbia ancora molto da insegnare.

Baudouin pubblica nel 1561 uno scritto programmatico dal titolo *De institutione historiae universae et eius cum jurisprudentia coniunctione*. Pone l'accento sulla necessità di far entrare nella scienza del diritto la visione della storia, come realtà indivisibile; contemporaneamente afferma che la narrazione degli *historici* deve includere i documenti relativi alle vicende del diritto. L'organizzazione giuridica può essere il quadro entro cui quella narrazione si svolge ed ha un senso: così è ad esempio per l'antica *res publica*, la cui struttura diviene referente della memoria, unendo – per così dire – forme ed eventi<sup>47</sup>.

L'autore non esclude che gli usi giuridici del presente possano tener conto di modelli romani. Ma deve trattarsi degli *archetipa*, vale a dire di schemi giurisprudenziali sottratti alla mediazione giustiniana. Essi gli appaiono come portatori di una verità che non coincide con la logica del Digesto e che va ritrovata individuando e mettendo da parte le interpolazioni. È un punto di vista diverso da quello di Hotman, che – come abbiamo visto – riscatta le norme antiche in una prospettiva di riforma per la quale serve la storicizzazione.

L'interesse principale per Baudouin è tutto verso la *historia*. Usa più volte il termine *interpolatio* per indicare testi o enunciati che sono a suo avviso inattendibili; ed è evidente che qui egli pensa all'attendibilità, alla genuinità come qualificazione delle fonti nell'ambito dello studio storico. I classici non possono essere posposti a chi dopo di essi ne ha utilizzato e modificato l'opera. È un enunciato che vale per ogni tradizione. Come nel campo giudiziario si presta fede a ciò che rispecchia la realtà, così la storia ricerca ciò che è genuino. Uso il concetto di 'classico' non arbitrariamente, poiché esso è già fissato con charez-

<sup>47</sup> F. Balduini, *De institutione historiae universae et eius cum jurisprudentia coniunctione* (1561), ediz. Argenterati 1608, 1, 33 ss. Osserva a proposito della rappresentazione storica di Polibio (35): ... *Sed cum principium ipsum non tenebat, tum vero iudicabat ante Reipublicae Romanae amplitudinem, quae totum prope orbem est complexa, res humanas tam fuisse & divulsas & dussolutas & disiectas ut earum historia in unum corpus coalescere non posset* ... Il riconoscimento della impossibilità di stabilire il principio, l'origine, induce a descrivere avvenimenti che si inquadrano entro una struttura politica definita.

za dall'autore, proprio in rapporto alle *interpolatae narrationes*. È un lascito di rilievo per gli studi futuri sul diritto romano.

*Certe Iurisconsulti, cum de probationibus & fide instrumentorum agunt, non haerent in iis quae exempla vocantur; sed Authentica et veluti archetipa requirunt. An nos in antiquae alicuius historiae quaestione, antiquissimos illos atque (ut ita dicam) classicos testes postponemus recentioribus? An secundae atque interpolatae narrationis maior erit fides, quam primae et integrae? Mitto illud, quod Aristoteles libro primo Rhetoricae loquens de testibus, πσότατοι, inquit, οι παλαιοι ἀδιάφθοροι. Sed iterum dico, quo posterior et magis nova est rei antiquae narratio, tanto mendosiore eam esse solere.*

Certamente i giuristi, quando trattano di prove e di fedeltà dei documenti non si attengono a quelle che vengono definite copie ma cercano i documenti autentici ed originali. Forse nel discutere su vicende storiche antiche, posporremo i testi più antichi e, per dir così, classici ai più recenti? Forse l'affidabilità di una narrazione successiva ed interpolata sarà maggiore di una originaria ed integra? Tralascio il fatto che Aristotele parlando dei testimoni nel primo libro della retorica definisce i più antichi maggiormente degni di fede. Ma ancora dico quanto più recente e nuova è la narrazione di fatti antichi, tanto più essa suole essere difettosa<sup>48</sup>.

Eliminando le interpolazioni, si trovano testimonianze incorrotte: *Nam et incorrupta veterum testimonia sine ulla interpolatione potius legi debere existimo*. La fiducia nella storia che qui si manifesta presuppone una persuasione epistemologica: il passato, se correttamente riconosciuto, è fonte di verità. Da ciò consegue che per studiare il vero diritto romano bisogna rompere l'unità del *Corpus iuris* (e questo è un messaggio antiautoritario), ritrovare la *legum Romanarum varietas*: il che porta a sopprimere ogni periodizzazione.

*Corpus illud juris (ut appellatur) quod Justinianus nobis reliquit, conflatum est ex ea legum Romanarum varietate, quae annis mille et trecentis iactata est abs Romulo usque ad Justinianum. Neque modo alia esse dicitur Jurisprudentia vetus, alia nova, alia media: sed et quotannis prope est mutata.*

Quel *Corpus iuris* – come viene chiamato – che Giustiniano ci ha lasciato, è pieno della varietà delle leggi romane che è stata prodotta da Romolo fino a Giustiniano.

<sup>48</sup> Balduini, *De institutione historiae universae* cit. 1, 83. Vedi R. Orestano, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, in AA. VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* cit. 389 ss.; Id., *Introduzione* cit. 200 ss; 632 ss.; Piano Mortari, *Diritto logica metodo* cit. 405 ss. A. Wiffels, *Baudouin François*, in Arabeyre, Halpérin, Krynen (a c. di), *Dictionnaire historique* cit. 53 s. Sulla biografia di Baudouin ed in particolare sulla posizione rispetto all'esperienza religiosa, che vede prima la sua adesione alla Riforma protestante, poi il ritorno al cattolicesimo, vedi M. Fiorentini, *Il giurista e l'eretico. Critica delle fonti e irenismo religioso nella prima età moderna*, Roma 2016, 225 ss. (con riferimenti alla bibliografia precedente).

Né si può dire che vi sia una giurisprudenza antica e poi un'altra nuova ed una media: ma essa muta continuamente<sup>49</sup>.

Riemergono norme, immagini e pensieri dimenticati o alterati. La verità di questi, la stessa possibilità di assumerli come fonte d'ispirazione sono un frutto della conoscenza storica. Al tempo stesso, la ricerca della verità si collega all'idea di *historia integra*, che circola in tutta l'opera.

*... Ac uno quidem verbo dicere possem, me agere de historia integra. Sed quam late pateat haec integritas, si tam brevis sim, vix intelligeretur. Possem adiicere, esse historiam universam, et temporum et regionum et rerum ratione...*

... Potrei dire con una sola parola che io tratto la storia nella sua integrità. Ma quanto si estenda questa integrità, difficilmente potrà comprendersi, se la mia esposizione è così breve ... Potrei aggiungere che è la storia nella sua interezza, in relazione a tempi, luoghi ed avvenimenti...<sup>50</sup>.

L'espressione *historia universa* non significa tutta la storia (né la storia di tutti gli eventi conoscibili). Indica una unità più profonda riferita all'oggetto di ogni trattazione. Nei tempi, nei territori, nei fatti che si sceglie di raccontare, va garantita l'integrità di quanto si espone: questa è l'interpretazione che a me pare più attendibile.

Per capire il senso dei concetti impiegati da Baudouin dobbiamo tenere presente che essi si riferiscono da un lato ad un modo di vedere i fatti e le regole nel loro reciproco collegamento; dall'altro ad una specifica attenzione alle strutture politico-costituzionali, come contesto e guida alla comprensione<sup>51</sup>. In questo duplice piano descrittivo è chiara la omogeneità tra passato e presente. Sia gli accadimenti attuali sia quelli trascorsi diventano contemporanei nel pensiero di chi li descrive:

*Spectatores dico, non earum modo rerum qui in oculos nostros incurrunt, sed et earum, quas memoria nostra comprehendit et iam olim praeteritas nobis tanquam praesentes sistit.*

spettatori, dico, non soltanto di quei fatti che capitano davanti ai nostri occhi, ma anche di quelli che la nostra memoria comprende e che, già trascorsi, mette davanti a noi come fossero presenti<sup>52</sup>.

La *historia integra* è per definizione non frammentata.

<sup>49</sup> *Ibid.* 2, 127.

<sup>50</sup> *Ibid.* 1, 33.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.* 42 ss.

*Sed profecto, qui intelligunt quaenam sit rerum humanarum successio et veluti concatenata consecutio, illi naturalem quandam (ut jurisconsultorum verbo utar) individualitatem perpetuae historiae esse sentiunt ...*

Senza dubbio coloro che comprendono quale sia la successione e quasi la concatenazione temporale delle cose umane avvertono ugualmente che vi è una certa naturale individualità, per usare un termine proprio dei giureconsulti, nella storia di ogni tempo...<sup>53</sup>.

Nel linguaggio dei giuristi romani *individuus* significa indivisibile. Tutto ciò che separa ed isola parti costitutive della vita non corrisponde alla concatenazione delle vicende storiche.

*Sed addo, universitatem integram non esse, nisi si historia interea et omnes obeat regiones, in quibus est aliquid, cur haereat et ubi consistat, ac quid ibi domi, forisque agatur, notet, cumque suis semper circumstantiis describat. Veteres appellarunt historiam πραγματικὴν, quae quod narrat, diligenter exponit, et sapienter utiliterque demonstrat, ut non solum eventa, sed et causas eorum, et cum consiliis facta describat.*

Ma aggiungo che l'insieme delle vicende narrate non è integro, se non quando la storia esamini contemporaneamente tutte le regioni nelle quali vi è qualcosa a cui essa aderisca e su cui si possa fondare ed osservi ciò che si compie in patria e fuori e lo descriva sempre in rapporto alle situazioni circostanti. Gli antichi chiamarono 'pragmatica' la storia che espone con cura ciò che narra e lo mostra in una forma sapiente ed utile, in modo da illustrare non solo gli eventi, ma anche le loro cause e ciò che si compie intenzionalmente<sup>54</sup>.

È questa correlazione degli avvenimenti a spiegare tutto: a dare un senso alle forme giuridiche e a ciò che vi è pragmaticamente collegato. Il punto d'arrivo per Baudouin è una scienza giuridica che comprenda in sé la narrazione storica e contemporaneamente è una *historia* dei fatti capace di includere i documenti giuridici, i comandi, le forme dell'organizzazione<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.* Vedi anche 93, ove sono enunciati i precetti relativi all'*officium historicorum*. È chiaro che la descrizione presuppone un procedimento selettivo: ... *Eius generis sunt haec praecepta: ut habeatur delectus rerum narrandarum; ut narrentur res magnae atque utiles; ut temporum et locorum notatione illustentur; ut orationis luce commendentur; ut causae, consilia eventus explicantur.*

<sup>55</sup> Balduini, *De institutione* 1 cit. 189: ... *Ego quidem nondum satis statuere potui, plusne lucis historia ex iurisprudentiae libris, an iurisprudentia ex historicis monumentis accipiat ... Ego dicere soleo, me et legum libris ad historiae memoriam consecrandam et historiae monumentis ad legum volumina evolvenda excitatum fuisse ...*

\* \* \*

Possiamo dunque vedere alcuni tratti comuni negli esempi che ho esaminato. Così gli spezzoni teorici compongono una specie di mosaico. In alcune convergenti accezioni di *aequitas* ho cercato di individuare l'immagine di un salto dalle leggi generali alla prassi e di conseguenza le correzioni, i mutamenti che possono nascere nell'applicazione delle leggi, nelle decisioni, nella creazione di norme speciali (Budé descrive questo livello usando il termine *decretum*, sulle orme di un passo aristotelico). Perciò l'equità è portatrice di mutamento; ha a che fare con il divenire del diritto. Lo abbiamo visto nei brani di Vives che ho citato, nella metafora del fiume che inaridisce con il solo *ius strictum*.

Il discorso di Alciato sulla storia da un lato pone questa attività intellettuale in rapporto con la pratica e dall'altro le riconosce una preminenza che nasce dal sapere disinteressato e aderente alla realtà. D'altro canto, lo studio storico, puntando sulla particolarità, sul relativo, è funzionale, come si vede in Vives, ma poi più precisamente in Hotman, ad una nuova e più libera normazione, tale da incontrare sulla propria strada l'esperienza, le fonti del passato, ma anche l'idea di ragione, evocata limpidamente nell'epilogo dell'*Antitribonian*.

Infine, la *historia integra* a cui si accosta Baudouin, legata fortemente alla giurisprudenza, va al di là delle ricette politiche e ci appare come la rappresentazione di un ordine; un insieme di nessi spiegabili: *concatenata consecutio*. Prevale l'attitudine a contemplare. Le costruzioni giuridiche e i fatti correlativi sono momenti di un processo che accomuna passato e presente e che egli descrive a partire dalla contemporaneità.

Massimo Brutti

Università Sapienza di Roma  
massimo.brutti@uniroma1.it