

**PUBLICA VNIVERSITAS
STVDIORVM MOSCOVIAE
«LOMONOSOV»
FACVLTA IVRIDICA**

**ACADEMIA SCIENTIARVM
RVSSIAE
INSTITVTVM
HISTORIAE VNIVERSALIS**

CENTRVM IVRIS ROMANI INVESTIGANDI

IVS ANTIQVVM



I (XXXV)

Moscoviae MMXVII

МОСКОВСКИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
им. М.В. ЛОМОНОСОВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

РОССИЙСКАЯ
АКАДЕМИЯ НАУК
ИНСТИТУТ
ВСЕОБЩЕЙ ИСТОРИИ

ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА

ДРЕВНЕЕ ПРАВО

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ



1 (35)

Москва 2017

УДК 34(075.8)
ББК 67.99(2)95
Д 73

Настоящий номер издается при поддержке
Университета г. Сассари, Италия

Questo volume è pubblicato con il contributo
dell'Università di Sassari, Italia

ДРЕВНЕЕ ПРАВО: Научно-практический журнал. No. 1 (35). — М.: ИД В. Ема, 2017. — 224 с.

ISSN 2309-4567

Данный том продолжает периодическое издание общероссийского научного журнала по римскому праву и его рецепции. Издание рассчитано на публикацию статей не только российских ученых, но и западных романистов, с тем чтобы ближе познакомить отечественных исследователей с достижениями западной романистики. Вместе с тем совместные публикации позволяют установить более тесный и плодотворный научный контакт между российскими и западными учеными. В целях ввода в научный оборот России возможно большего числа источников по римскому праву и его рецепции в каждом номере публикуются новые, ранее не переводившиеся на русский язык труды древних юристов. Приглашаем юристов и историков России и других стран присылать свои статьи, рецензии и другие материалы для публикации в нашем журнале.

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

М.В. Бибииков, С.И. Герасимов, Я. Заблоцки, А. Корбино, Ф. Сини
(зам. гл. редактора), Е.А. Суханов (председатель редакционного совета),
А.О. Чубарьян

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

Л.Л. Кофанов

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

О.В. Ауров, Е.В. Белякова, С.С. Бугрова, В.В. Дементьева, А.А. Иванов,
А.С. Карцов, А.В. Копылов, Н.А. Крашенинникова, Е.В. Ляпустина,
А.В. Марей, И.Л. Маяк, П. Ничипорук, Р. Орту, А.Д. Рудоквас, В.А. Савельев
(зам. гл. редактора), О. Сакки, М. Скрейпек, А.Л. Смышляев, И.Е. Суриков,
А.И. Солопов, А. Тайцлин, К. Танев, П. Тодини, В.А. Томсинов,
В.И. Уколова, Ф.Р. Фернандес де Бухан Фернандес,
И.С. Филиппов, Э.Д. Фролов, А.М. Ширвиндт

РЕДАКЦИЯ

А.В. Еремин, Д.А. Литвинов, И.В. Лушникова,
А.А. Панов (отв. секретарь), Е.С. Марей, Д.Ю. Полдников,
А.В. Рудаков, С.Я. Сомова

К 1203020200-003 без объявл.
4Ф3(03)-95

© Центр изучения римского права, 2017
© «Издательский дом В. Ема», редподготовка, оформление, 2017

INDICE

СОДЕРЖАНИЕ

DIRITTO GRECO

ГРЕЧЕСКОЕ ПРАВО

- Danilov E.S.** (Yaroslavl), **8** **Данилов Е.С.** (Ярославль).
Tre leggi di Demonassa
di Cipro Три закона Демонассы
Кипрской

DIRITTO ROMANO

РИМСКОЕ ПРАВО

- Sacchi O.** (Napoli), **18** **Сакки О.** (Неаполь).
“*Iudici finis est ius, ex quo etiam
nomen*” (Cic. *top.* 91): qualche
riflessione sul processo come *ius*
e su D. 1.1.1.pr.-1 (Ulp. 1 *inst.*)
«*Iudici finis est ius, ex quo etiam
nomen*» (Cic. *top.* 91): некоторые
мысли о судебном процессе как
ius и о D. 1.1.1.pr.-1 (Ulp. 1 *Inst.*)
- Kofanov L.L.** (Mosca), **59** **Кофанов Л.Л.** (Москва).
Le Actiones populares tra processo
pubblico e privato nella
Roma repubblicana *Actiones populares* между
частным и публичным судебным
процессом в Римской республике
- Stloukalová K.** (Praga), **82** **Стлукалова К.** (Прага).
La transitio ad plebem come mezzo
di lotta per il potere Переход из патрициата в плебс
как средство борьбы за власть
- Kostova Ilieva M.** (Plovdiv), **106** **Костова Илиева М.** (Пловдив).
Principi universali nel sistema
del diritto e della procedura
giudiziaria Универсальные принципы
системы права и юридической
процедуры
- Zabłocka M.** (Varsavia), **112** **Заблоцка М.** (Варшава).
Alle origini del principio
“*audiatur et altera pars*” К происхождению принципа
«*audiatur et altera pars*»
- Šurkala J.** (Bratislava), **117** **Шуркала Я.** (Братислава).
Actio Publiciana e naturalis ratio *Actio Publiciana* и *naturalis ratio*

**DIRITTO ROMANO
E ATTUALITÀ**

Tanev K. (Sofia),
L'interesse come obiettivo dell'atto
giuridico, rispettivamente come
precondizione della correlativa
azione civile oppure come misura
di utilità del attore nella
procedura civile

ATTIVITÀ SCIENTIFICA

Ivanchik A.I., Kofanov L.L.
(Mosca),
Commemorazione di Boris
Georgievich Peters (1926–2016)

Kofanov L.L. (Mosca),
Cronaca del XII seminario
internazionale “Diritto romano
e attualità” sul tema “Processo
romano e odierno tra interessi
pubblici e privati”
(Bratislava, 3–5 novembre 2016)

Galeotti S. (Roma),
Cronaca del convegno
internazionale ARISTEC sul tema
“Ingiusto arricchimento, *condictio*
e *in integrum restitutio*”. Convegno
in memoria di Berthold Kupisch,
Roma, 27–29 ottobre 2016

SUPPLEMENTO

**Il Codice di Giustiniano del diritto
tributario, libro 10, titoli 22–30.**
Traduzione, preparazione del testo
latino, introduzione e commento
di L.L. Kofanov
(Mosca)

**РИМСКОЕ ПРАВО
И СОВРЕМЕННОСТЬ**

134 Танев К. (София).
Интерес как цель юридического
акта и как предварительное
условие для коррелятивного
цивильного иска или же как
размер пользы истца в особой
гражданской процедуре

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

150 Иванчик А.И., Кофанов Л.Л.
(Москва).
Памяти Бориса Георгиевича
Петерса (1926–2016)

156 Кофанов Л.Л. (Москва).
Хроника XII международного
семинара «Римское право
и современность» на тему
«Римский и современный
процесс между публичными
и частными интересами»
(Братислава, 3–5 ноября 2016 г.)

169 Галеотти С. (Рим).
Хроника международной
конференции АРИСТЕК
«Неправомерное обогащение,
condictio и *in integrum*
restitutio». Конференция
памяти Бертольда Купиша,
Рим, 27–29 октября 2016 г.

ПРИЛОЖЕНИЕ

**202 Кодекс Юстиниана о налоговом
праве, книга 10, титулы 22–30.**
Перевод, подготовка
латинского текста, введение
и комментарии Л.Л. Кофанова
(Москва)

O. SACCHI*

**“IUDICI FINIS EST IUS, EX QUO ETIAM
NOMEN” (CIC. TOP. 91):
QUALCHE RIFLESSIONE SUL
PROCESSO COME IUS E SU
D. 1.1.1.PR.-1 (ULP. 1 INST.)**

Отталкиваясь от различных значений термина «ius» в римском правовом опыте (на базе Комментариев к Пандектам Глюка), автор обсуждает значение этого слова как судебного процесса, а также рассматривает сложную эволюцию этого значения вплоть до эпохи Северов. Эта полисемия трактуется как отражение исторической трансформации греческого и римского архаического судебного процесса от «инструмента для решения спора» до места (в римском праве) опробования iustum (начиная с периода средней/поздней республики). В этом контексте автор анализирует фрагмент Ульпиана D. 1.1.1.pr.-1 (Ulp. 1 inst.) в отношении функционирования iustitium как перерыва в юридической деятельности (Charis, gramm. p. 33, 16b) и как некой эстетики права.

Ключевые слова: *судебный процесс, necessitudo, ius, iustitium, eleganter, ars, bonum, aequum, vera philosophia, истина нормативная, истина фактическая.*

O. Sacchi, “*Iudici finis est ius, ex quo etiam nomen*” (Cic. top. 91): Some Considerations on Legal Proceedings as *Ius* and on D. 1.1.1.pr.-1 (Ulp. 1 Inst.)

Starting from the different meanings of the term “ius” in Roman legal practice (based on Comments to Pandecta of Glück), the author discusses the particular meaning of ius as a judicial process, and examines its complex evolution til the era of the Severus. This polysemy is interpreted as a reflection of the historical transformations in the archaic Greek and Roman trial from a “tool for resolution of the dispute” to a place (in Roman law) of assay of iustum (since middle/late Republic).

* Освальдо Сакки – профессор римского права Департамента юриспруденции Университета Кампаниа «Луиджи Ванвителли» (Италия); e-mail: osvaldo.sacchi@tin.it. В основе статьи лежит доклад, прочитанный на XII международном научном семинаре «Римское право и современность» на тему «Римский и современный судебный процесс между публичными и частными интересами», проходившем 3–5 ноября 2016 г. в г. Братиславе (Словакия).

In this context, the author analyses a fragment of Ulpian D. 1.1.1.pr.-1 (Ulp. 1 inst.) concerning the functioning of the iustitium as a break in legal acts (Charis, gramm. p. 33, 16 b) and as some aesthetics of the law.

Keywords: legal proceedings, necessitudo, ius, iustitium, eleganter, ars, bonum, aequum, vera philosophia, normative truth, factual truth.

1. Premessa

Comincio con un'immagine ispirata dal *De rerum natura* di Lucrezio. Il *diritto della forza* è un topos molto antico che fa pensare subito all'*homo homini lupus* di Plauto¹; alla condizione dell'uomo incivile teorizzata da Tommaso d'Aquino nella *Summa Theologia* e nel *De veritate* (dove si ragiona della condizione degli uomini quando seguono la loro natura); al motto medievale *mors tua vita mea*; al *bellum omnium contra omnes* di Hobbes; alla "legge della Giungla" di Rudyard Kipling².

Sarebbe eccessivo pensare però a uno "stato di natura" originario dove l'uomo è un protagonista necessariamente violento. Lo mette bene in evidenza proprio Lucrezio quando considera che la maggioranza degli uomini deve aver evidentemente rispettato i patti (*servabat foedera*) sin dalle origini, altrimenti il genere umano si sarebbe estinto (*aut genus humanum iam tum foret omne peremptum*)³. La stessa idea di una "legge della Giungla" potrebbe essere stata suggerita a Kipling dalla scoperta in una grotta di divinità orientali, mostruose e oscene, con braccia tentacolari, mani spaventose e la lingua in fuori⁴. Dèi drighignanti e orrendi, anche di natura femminile dalla mostruosa lascività, scolpiti nella pietra, unti e affumi-

¹ Plaut. *Asin.* 2.4.88. Con una certa approssimazione direi che con *diritto della forza* si possa intendere ogni condizione di supremazia fondata sulla "legge del più forte" e quindi sulla prevaricazione, per questo calcolata, istintiva, irrazionale o pseudo-razionale (come nel caso della *callida et malitiosa interpretatio* della legge, del *summum ius* che può diventare *summa iniuria* o della dittatura di una maggioranza sorda alle esigenze delle minoranze) di un *non* "diritto", piuttosto che su dei criteri di giustizia o di equità. V. sul punto Stroux, 1929; su v. anche Pasquali 1968, 336–340. La *forza del diritto* può essere la capacità di contrastare ogni manifestazione del giuridico che si fondi su un uso solo formalmente corretto della legge e dei suoi principi. Intendo per "giusto giuridico" ogni soluzione normativa (legge, sentenza, provvedimento di qualsiasi stato e grado) espressiva di una "verità nel diritto" analogamente ai giuristi romani che, a partire da una certa epoca, sussunto il *ius* (equivalente al *nomos* greco) come *ius naturae*, lo commisurarono a un principio di equità (*ars boni et aequi*) e ai precetti dell'*honeste vivere*, dell'*alterum non laedere* e del *sum cuique tribuere*. Sui precetti ulpiani vd. D. 1.1.10 (Ulp. 1 reg.). Già dall'età della tarda repubblica questi dovevano essersi consolidati in una deontologia dell'*officium iudicis* teorizzata probabilmente in opere come il *de iure civili in artem redigendo* di Cicerone o, più sicuramente, nel *de officio iudicis liber* del giurista, oratore, storico e contemporaneo di Cicerone, Q. Elio Tubero (v. per questo Gell. 14.2.20).

² Traggo da Odifreddi 2013, 222.

³ Lucr. 5.1024–1027.

⁴ Si vd. Kipling 2016, § XII e ss., una raccolta scritta con W. Balestier, pubblicata nel 1892, quindi due anni prima di *The Jungle Book* che apparve nel 1894.

cati da incensi bruciati dai loro adoratori⁵. Questa descrizione fa venire alla mente la cruda e toccante visione di Borges che nel racconto *Ragnarök* (1960), racconta di un sogno dove gli antichi dèi arrivano all'improvviso in un'aula dell'Università di Buenos Aires⁶. Sebbene accolti da applausi e lacrime di commozione, i presenti ben presto si accorgono di avere di fronte delle figure orrende con fronti basse, denti gialli, baffi radi di mulatti o cinesi e musi bestiali. Figure astute, ignoranti e crudeli, evocanti più animali da preda che esseri umani. Tanto che alla fine gli astanti prendono delle rivoltelle e danno la morte agli dèi.

C'è qualcosa dunque di orrendo e di ancestrale nella memoria del genere umano da cui gli uomini proverebbero di continuo a riscattarsi? Non siamo obbligati a essere così pessimisti. È noto che il quinto libro del poema lucreziano fu recepito nel Seicento come alternativa radicale alla visione del racconto mosaico del Genesi (vd. il mito di Caino e Abele)⁷. Questo perché nel poeta campano la descrizione della creazione è sostenuta da una visione ottimistica del divenire naturale che procede per sua intrinseca qualità dal caos all'ordine e secondo un'intelligenza che è *in statu naturae*⁸. Tutto il poema di Lucrezio ruota dunque intorno a questa percezione del concetto di "natura" un concetto che per la cultura romana trardo repubblicana ha delle fortissime implicazioni giuridiche. Vediamo quindi come il poeta si esprime sulle origini del diritto:

Lucr. 5.1143–1147: inde magistratum partim docuere creare iuraque
constituere, ut vellent legibus uti. nam genus humanum, defessum vi
colere aevom, ex inimicitiiis languebat; quo magis ipsum sponte sua cecidit
sub leges artaque iura.

Per contrastare la brama di potere, fonte di instabilità, alcuni uomini istituirono le magistrature (*inde magistratum partim docuere creare*) e costituirono i *iura* (*iuraque constituere*) affinché tutti fossero sottomessi alle leggi (*ut vellent legibus uti*). Così il genere umano, stanco di una vita di violenza e di inimicizie, sottomise sé stesso alla legge e a una "stretta giustizia" (*sponte sua cecidit sub leges artaque iura*). Questa *ratio naturae* fu una novità per il tempo di Lucrezio perché lo stesso poeta rivendica il primato di essere stato tramite della divulgazione di una recente scoperta⁹:

⁵ Traggio da Quadri 1974, 275.

⁶ Borges 2015, 91.

⁷ Casini 1975, 59.

⁸ Ibidem.

⁹ L'entusiasmo di Lucrezio verso questa nuova visione del mondo va ricondotta al rapporto che il poeta ebbe con Epicuro di cui fu discepolo. Nei versi 62–79 del *Preludio* Epicuro è descritto come lo scopritore di una libertà liberatrice (*primum Graius homo mortalitatis tollere contra est ocularis ausus primusque obsistere contra*). Cfr. Giancotti 1994a, XXV.

Lucr. 5.335–337: *Dēnique natura haec rerum ratioque reperast nuper, et hanc primus cum primis ipse repertus nunc ego sum in patrias qui pos-sim vertere voces*¹⁰.

Questo racconto si può interpretare anche come un'allegoria della storia della progressiva emancipazione del processo romano e quindi anche della maturazione della scienza giuridica romana che da espressione di un diritto come tanti del panorama culturale antico diventò col tempo il paradigma della cultura giuridica dell'Occidente. Il dato per noi interessante è che in Lucrezio, come in Diogene di Enoanda (epicureo del I sec. d.C.), questo progresso umano è basato sulle *technai* che portarono la mente degli uomini al livello più alto (*namque alid ex alio clarescere corde videbant, artibus ad summum donec venire cacumen*)¹¹.

La questione tuttavia non è di stabilire chi abbia ragione nell'affermare che l'uomo sia buono o cattivo per natura. Il problema appare già ben delineato nell'antagonismo tra Polinice ed Eteocle nelle Fenicie di Euripide (un altro fratricidio)¹². Esso è dunque oggetto di una disputa plurisecolare risolta per me solo da Hegel che con chiarezza ha affermato: "Quel che decide per l'una o per l'altra tesi è da questo punto di vista del pari l'arbitrio soggettivo"¹³. Il punto è che la costruzione di Lucrezio è in sintonia con ciò che più tecnicamente riferisce un importante frammento del *de inventione* di Cicerone (su cui torneremo) che inquadra il *ius naturae* come una forza innata consistente nel sentire la doverosità di comportarsi secondo *religio, pietas, gratia, vindicatio, observantia e veritas*¹⁴.

Anche se questo modo di qualificare il *ius naturae* come fondamento dell'*ethos* giuridico si rinviene in un trattatello di retorica, è anche vero che questa sarà la base su cui i giuristi romani classici costruiranno il loro sistema del diritto. Di essa resta una traccia molto visibile nella compilazione giustinianea. Essa è quindi un elemento fondamentale per impostare correttamente la sua ricostruzione storica¹⁵. Il giurista Paolo, in età severiana, dirà in D. 1.1.11 (14 *ad Sab.*): *Ius*

¹⁰ "Questo sistema della natura è stato scoperto di recente, e primo fra tutti io stesso mi trovo ora in grado di tradurlo nella lingua dei padri". Tr. it. di Giancotti 1994b, 279.

¹¹ Lucr. 5.1446 ss.; Diog. En. frgm. X–XI Chilton, IX Grilli (= 165 Arr²). Così Isnardi Parente, 1991, 26.

¹² Eurip. *Fen.* vv. 469 ss.

¹³ Hegel 2010, 36 e s.

¹⁴ Cic. *de inv.* 2.22.65; 2.53.161 per cui si vd. *infra*.

¹⁵ Troppo semplicistica la teoria di Monateri per cui "(...) a Roma la giurisprudenza ebbe origine al di fuori di ogni stabile organizzazione, come risposta ai più gravi difetti del processo romano, e venne assunta dai membri della nobiltà". Mi riferisco al saggio di Monateri 2000 (su cui Tuori 2007, 122 e ss.). La versione italiana di questo saggio è stata pubblicata come *Gaio nero*, in Monateri 2005, 19–76. Il periodo citato è a p. 66 dell'edizione italiana.

*pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*¹⁶.

Vedremo più avanti cosa significhi questa equiparazione tra *bonum et aequum* e *ius naturale* all'interno di una nozione più ampia del *ius* per lo sviluppo della fase matura della giurisprudenza romana. È un dato incontestabile però che nel *Commentario alle Pandette* del Glück si trovi un dettagliato elenco dei vari significati di *ius* nell'esperienza giuridica romana da cui si evince che tale nozione fu il prodotto di una complessa stratificazione storica già perfettamente compiutasi in età severiana¹⁷.

2. Il processo arcaico (greco-romano) come *χρίσις*

Per questo incontro di Bratislava mi sono chiesto quale può essere stato l'elemento veramente caratteristico della storia del processo romano nelle sue fasi più significative fino all'avvento della *cognitio extra ordinem* nell'età del principato. A Praga, durante i lavori del settimo anno di questo Seminario e utilizzando studi fecondi di Paoli e Biscardi, ho discusso di come il senso del processo greco classico possa essere definito dal principio della *χρίσις* (si direbbe in un latino di avvocati *nullum iudex sine lite*)¹⁸.

Il processo antico nella sua fase più risalente potrebbe quindi essere nato come uno *strumento finalizzato a risolvere una controversia* e pertanto come un rimedio per mantenere la pace sociale. La sua *ratio*, piuttosto che una gestione degli interessi economici contrapposti delle parti o l'affermazione di un'idea di giustizia,

¹⁶ La celebre frase paolina (*ius pluribus modis dicitur*) rappresenta bene l'approccio epistemologico dei giuristi romani che tuttavia non dev'essere valutato dal punto di vista (moderno) del paradigma essenzialistico costruito sul principio di non contraddizione più quello identitario. Vd. su questo Barcellona 1996, 101 ss. La nozione di *ius*, così come appare stratificata nel catalogo giustiniano, non può soddisfare infatti la domanda socratica "*che cos'è*" perché, questa, nella versione perfezionata della scolastica medioevale impegnata nella soluzione del problema degli universali, ammette una sola risposta. E quindi, anche in campo giuridico, dato che il *paradigma essenzialistico* non ritiene che una fattispecie possa ricevere nomi diversi (perché un medesimo fatto o uno stesso comportamento, ricevendo nomi diversi potrebbe ricevere qualificazioni e quindi trattamenti giuridici diversi), la questione di un *ius* derivato da *iustitia* non può che essere risolta quindi negandogli valore storico-scientifico. Così facendo si rischia di alterare però il reale significato storico della testimonianza paolina. Per un approccio più generale al tema mi sia permesso di citare il mio Sacchi 2014.

¹⁷ Glück 1888, 3 ss. Se consideriamo che per il Glück la significazione originale e precipua di *ius* sarebbe la sua equivalenza a legge e che tutti gli altri significati ne sarebbero una derivazione, comprendiamo quanto abbia influito nella ricostruzione di tale studioso un approccio di tipo dogmatico e positivistico quasi del tutto a sfavore di ogni prospettiva storica. Solo in ragione dell'apodittica soluzione di Giustiniano, che diede valore di legge a tutto ciò che fu inserito nella sua raccolta di *iura* e *leges* e i particolare nella raccolta di frammenti del Digesto (vd. ad es. le *Const. Tanta* 19, 23 e *Dedoken* 11, 17), si può infatti dire di un'equiparazione del *ius* alla "legge".

¹⁸ Mi permetto di rinviare a Sacchi 2013, 66 ss. Si v. comunque Paoli 1933, 66–72; Biscardi-Cantarella 1974, 259–286; Biscardi 1982, 249–272. Si v. anche Harris 2004, 1–13.

può essere stata quella della *polis* a non vedere alterata gravemente la pace sociale. Ho già argomentato diffusamente sull'ipotesi che questa visione delle cose sia ben descritta da un noto frammento di Eraclito dove l'Oscuro sentenza¹⁹:

Eracl. fr. 23 [22B80 Diels-Krans]: “occorre sapere che Polemos è comune a tutte le cose e la Dike è Contesa e tutto nasce secondo Contesa e Necessità (ἔριν καὶ χρεών)”²⁰.

È questa una prospettiva molto interessante se si pensa che l'opera che si dice abbia scritto il filosofo di Efeso pare si intitolasse *Della Natura* e che quest'opera si dividesse in tre parti: una prima dedicata al *tutto*; una seconda allo *Stato*; una terza alla *divinità*²¹. Secondo il grammatico Diodoto l'opera di Eraclito avrebbe trattato della 'natura' solo come esempio²², mentre il suo argomento principale sarebbe lo Stato come “esatta guida delle regole per la vita”²³. Pare che anche il re Dario, suggestionato dalla fama del filosofo, avesse invitato Eraclito alla sua corte²⁴. Ricevette però un cortese rifiuto il cui tenore è tanto indicativo quanto perspicuo:

Diog. Laert. 9.14: “Tutti quanti coloro che vivono sulla terra rimangono lontani dalla verità e dalla giustizia e, a causa della loro miserabile follia, attendono interamente a soddisfare la loro insaziabilità ed ambiscono la gloria popolare”.

L'oscurità di Eraclito è rimasta proverbiale, ma Christian Meier citando un'altra massima dell'Efesio apre uno spiraglio molto interessante:

Plut. *de exil.* 11,604a III 523 (Sieveking): “Elios non oltrepasserà le sue misure, altrimenti le Erinni, al servizio di Dike, lo troverebbero”²⁵.

Spiega lo storico tedesco che secondo la tradizione più antica le Erinni vendicavano l'omicidio e nell'immagine di Eraclito esse appaiono come le guardiane del sacro ordine della natura²⁶. Istruttiva l'interpretazione di Kurt Latte: “Esat-

¹⁹ Sacchi 2013, 66, nt. 41.

²⁰ Trad. it. di Tonelli 2009, 68. Nella traduzione di Léon Robin 1982, 102 il fr. 80 acquista il seguente tenore: “*Polemos* è legge comune [ξυσόν] e la giustizia [δικην] è lotta”.

²¹ Diog. Laert. 9.5: “L'opera che viene tramandata sotto il suo nome ha per tema principale la natura ed ha appunto per titolo *La natura*, ma si distingue in tre parti, di cui la prima tratta del tutto, la seconda dello Stato, la terza della divinità” [Trad. it. Gigante 1976, 354].

²² Diog. Laert. 9.15.

²³ Diog. Laert. 9.28.

²⁴ Diog. Laert. 9.13.

²⁵ Tonelli 2009, 70: “Elios non andrà oltre la sua misura: altrimenti lo sorprenderanno le Erinni, ministre di Dike”; Meier 2011, 310.

²⁶ *Ibidem*.

tamente come la persecuzione dell'omicidio è diventata, da vendetta personale, un'esigenza di giustizia — e quindi le Erinni ancelle di Dike —, anche la regolarità del corso degli astri è collocata nella categoria della giustizia. Sull'esempio del sole che non deve uscire dal suo percorso, come un giorno era accaduto secondo la leggenda [...], i processi naturali [non sono] osservati solo come immutabilità empiriche, ma valutati anche per il modo in cui si attengono a una misura²⁷.

Tutto si sarebbe svolto quindi secondo una *misura* che era un elemento oggettivo, diverso ed estraneo al soggettivismo di chi: a) agisce secondo il suo capriccio; b) di chi detiene il potere; c) di chi cerca di impadronirsene. Verità, giustizia e misura diventarono dunque, come universali assoluti, protagonisti del nostro mondo già all'epoca della 69^a olimpiade (504–501 a.C.) se è vero quanto riferisce Apollodoro sull'*achmé* di Eraclito che avrebbe scritto il Περὶ φύσεως intorno al 490–480²⁸. Pur considerando che il Colli abbassa tale termine al segmento 510–450 a.C. l'epoca resta quella che la tradizione annalistica ascrive alla redazione delle XII Tavole romane. In questa visione del mondo — che affonda le sue radici nella mistica e nella sapienza d'Oriente (India e Persia con Babilonia) —, e che, attraverso Babilonia, mediante i traffici commerciali di Egizi e Fenici, è arrivata fino in Grecia e Magna Grecia, mi pare significativo che il concetto di diritto sia manifestato come una contesa e come un derivato dal contrasto tra contesa e necessità. Fu questo probabilmente l'*humus* culturale da cui nacque l'idea antica di un "diritto" (*med?*, *ius*, *nomos*) inteso come una risultante del contrasto tra forze contrapposte sebbene controllate da regole condivise. In Eraclito i due estremi convivono perché egli fu uomo di potere, di rango sacerdotale e iniziato ai culti misterici della tradizione orfico-dionisiaca, ma rifiutò l'invito di Dario. E non a caso vi troviamo una considerazione del giuridico che rappresenta bene il modo di concepire la giustizia come *dike* o come *ius* del mondo arcaico greco-romano. La verità del diritto in un sistema dove la giustizia è descritta come contesa è una verità come "pacificazione"; non (solo) una verità come "corrispondenza" nel senso aristotelico (e poi della scolastica medioevale di *adaequatio rei et intellectus*); né già una verità come *logos* o evento al modo degli stoici.

3. La "necessità" dei trágedi greci

Vorrei restare ancora sul termine necessità posto da Eraclito in opposizione a contesa guardando però la questione dal punto di vista dei trágedi greci. Si è visto come alle origini del 'giuridico' (dal punto di vista della cultura occidentale) sembrerebbe esserci stata la lite (il processo) che dirimeva i rapporti di forza attraverso l'applicazione e il rispetto di regole condivise in un contesto dove

²⁷ Traggo da Meier 2011, 310 che a sua volta cita da Latte 1920.

²⁸ Apoll. fr. 340a Jacoby. Tonelli 2009, 10, nt. 7.

la “misura” agiva come una “necessità” la cui sussistenza è postulata anteriore al diritto degli uomini rappresentato dalla legge.

Il concetto è chiaro in Eschilo quando fa dire a *Prometeo incatenato* che la sua arte (come *techne*), quella che a prezzo della sua libertà e sofferenza ha regalato agli uomini, è molto meno potente della necessità²⁹. Quando la Corifea chiede a Prometeo chi tenga il governo di questa necessità l’eroe risponde che sono i démoni della memoria. Cioè le Moire dai tre volti e le Erinni che controllano ciò a cui anche Zeus deve sottostare.

L’uso verbale di Eschilo è diverso da quello di Eraclito ma molto indicativo perché la parola ἀνάγκη – ‘necessità come costringimento’ – è usata ancora nel 5 a.C. da Andocide (32) e da Lisia [894, (32,5)] nel senso di *necessitudo*, ossia di ‘legami di sangue’, che come vedremo più avanti è un senso di piena rilevanza tecnico-giuridica per i giuristi romani. La parola che usa Eraclito è *creè*, *creiè*, ossia ‘necessità come bisogno’. Ciò che tiene insieme il ragionamento è il ruolo delle Erinni che in entrambi i contesti sono coloro che vigilano sul rispetto delle *regole della necessità*. Questo è per me assai significativo perché è qui che si annida a mio avviso anche l’*arché* del diritto di natura che non è ancora l’*aequitas naturalis* dei bizantini³⁰, né il diritto naturale dei giusnaturalisti seicenteschi europei, ma qualcosa che corrisponde meglio a ciò che Cicerone descrive nei due passi gemelli del *De inventione* che analizzeremo più avanti³¹. Un particolare non trascurabile è che il nome dell’antagonista di Edipo, Creonte, semanticamente valga quanto il termine usato da Eraclito per rendere il contrasto tra “contesa” e “necessità” (ἔριν καὶ χρέων).

La colpa di Edipo è celebre. Le Erinni lo perseguitano per aver (si direbbe oggi *colposamente*) sposato la propria madre (commettendo quindi il crimine di incesto), dopo aver ucciso il proprio padre (commettendo il crimine di parricidio). Edipo ha violato quindi la legge di necessità (in latino *necessitudo* e in latino giuridico *ius necessitatis*) che è ‘necessità come costringimento’ senza che ci sia una norma a sancirla (*ius naturae*).

Lo stesso simbolismo è usato, sebbene in termini invertiti, anche da Sofocle che pone come contraddittore di Antigone un re dallo stesso nome: Creonte. Il re di Tebe, come simbolo della legge degli uomini e della “necessità come bisogno” entra in conflitto con un altro tipo di necessità anche più grande, quella di Antigone che difende il diritto di natura di dare degna sepoltura ai propri morti. Ma di che tipo di necessità si tratta?

²⁹ Aesch. *Prom. inc.* 514.

³⁰ D. 2.14.1.pr.; 4.4.1.pr.; 12.4.3.7; 13.5.1.pr.; 37.5.1.pr.; 38.8.2.pr.; 38.16.1.4; 41.1.9.3 (= I. 2.1.40); 43.26.2.2; 44.4.1.1; 47.4.1.1; 49.15.19.pr.; 50.17.66.

³¹ *Infra*.

Un catalogo abbastanza esaustivo di questa nozione lo troviamo in Democrito di Abdera (470/460 a.C.) in cui possiamo distinguere almeno quattro tipi di necessità: a) necessità come equivalente di un principio di causalità, ne parla Leucippo [I 25 4 (DK 67 B2)]: “alcune cose non si producono fortuitamente (μάτην), ma tutte procedono dalla ragione (ἐκ λόγου) e dalla necessità (ὕπ’ ἀνάγκης)”;

b) necessità come causa dei movimenti atomici nel vuoto, ossia il meccanismo stretto che regge l’insieme dei movimenti atomici cosmici ed extra cosmici [Aetius I, 26, 2 (DK 68 A 66)]; c) necessità come *diné*, ossia vortice cosmogonico, lo attesta Diogene Laertio [IX 45 (DK 68 A 1)]: “Tutte le cose si producono secondo la necessità, il vortice è la causa della generazione di tutte le cose e lui (*scil.* Democrito) la chiama Necessità (...ἦν ἀνάγκην λεγει)” [si vd. anche Sext. Emp. *adv. math.* IX 113 (DK 68 A 83)]; d) necessità come bisogno; lo attesta Stobeo [*Florileg.* IV, 44, 64] = [frg. 181, 191, 239, 253, 262, 278, 285, 289] e viene definita come bisogno materiale da Diodoro Siculo *bibl. hist.* I, 8, 7 (DK 68 B 5,1).

È inutile che mi soffermi sulla linea di continuità che potrebbe tenere insieme Democrito, Leucippo ed Epicuro e, attraverso questi, il romano Lucrezio. Piuttosto vale forse la pena di rilevare come già emerge nelle rappresentazioni teatrali dei tragici greci un’idea di Logos in luogo del Polemos, ossia l’idea di una razionalità che porta a ragionare sulla legittimità del potere sorretto dalla legge. Se ha ragione Foucault (per il quale ad esempio molte opere di Sofocle sarebbero una ritualizzazione teatrale della storia del diritto greco) la tragedia greca del V secolo a.C. forse ha rappresentato anche sul piano giuridico una vera conquista culturale per il mondo occidentale: l’affermazione di un’idea di *verità senza potere* rispetto all’idea di un *potere senza verità*.

Questo porterebbe delle conseguenze per noi assai significative perché espressioni di “verità senza potere” possono essere state: a) la *forma razionale* della prova e della dimostrazione che hanno dato luogo ai sistemi filosofici, razionali e scientifici; b) la *retorica* che fu un modo per ottenere la vittoria in una contesa per mezzo di un particolare tipo di verità, ossia con l’arte della persuasione; c) la conoscenza per *corrispondenza* (mediante testimonianza, ricordo o riscontro) o per *evento* (attraverso una *techne* che usa un metodo scientifico).

Si sarebbe determinato così il graduale distacco dal regno di Polemos e dalla danza degli opposti, dei motivi ancora ben presenti in Eraclito e che finora erano stati soltanto descritti e offerti agli uomini insieme a una visione del mondo come mero residuo, senza poterne penetrare il mistero, se non attraverso una complessa iniziazione. Si può essere passati quindi dalla ἀλη (= peregrinazione)-θεία (come divina erranza), ἀλλ’ἀ-λητεία come ‘svelamento’ che diventa una possibile conquista del sapiente (σοφός) che può agire mediante una prassi (πράξις) che non è più nascosta.

Nacque così però anche l’idea di una conoscenza che non è più iniziazione misterica (come una divina erranza); nè esclusiva espressione di una casta

sacerdotale, e quindi di un potere che “nasconde la verità”; ma diventa a partire da Erodoto (per gli storici), fino ad Aristotele (che convertirà questa forma di sapere in una dimensione enciclopedica) corollario di una prima forma di laicizzazione del sapere³².

4. *Il processo romano arcaico tra “contesa” e “necessità”*

Passiamo adesso al processo romano antico. Accettando l'ipotesi di Christian Meier di tradurre nel frgm. 80 di Eraclito la Dike come ‘lite davanti al Tribunale’ e non genericamente come giustizia, si potrebbe sostenere che l'aforisma del filosofo vada bene per descrivere anche la realtà del processo romano arcaico³³. Porto qui due elementi che a mio avviso suffragherebbero in modo convincente questa ipotesi.

Il primo riguarda il concetto di *necessitudo* (il χρεών di Eraclito) che in una sua particolare accezione, ossia con riferimento ai rapporti di parentela e affinità, ebbe molta rilevanza anche nel diritto romano dove fu considerato addirittura un sinonimo di *ius*. Lo dimostra un passo di Gellio dove si legge che in un'orazione di Cesare *necessitudo* come sinonimo di *necessitas* è definita *ius affinitatis*³⁴. Vi sono però anche altre numerose conferme: un frammento del primo libro del Digesto dove *necessitudo* è detta *ius* dal giurista Marciano nel primo libro delle *Institutiones*³⁵; una *regula* del libro 50 del Digesto attribuito a Pomponio, dal suo commento *ad Sabinum*, dove si afferma che i vincoli di sangue (*iura sanguinis*) non possono essere sciolti dal *ius civile*³⁶; un frammento delle *Pauli Sententiae* dove si afferma il principio dell'inammissibilità a testimoniare per coloro che sono legati da vincoli di affinità³⁷; il rilievo di *necessitudo* in tema di fideiussione in un passo di Callistrato di commento all'editto monitorio; e infine un frammento di Paolo in tema di successione ereditaria³⁸. È molto importante per me sottolineare come queste fonti giuridiche classiche, tardo classiche e postclassiche, abbiano usato il concetto di *necessitudo personarum* con particolare ampiezza: comprendendovi sia il rapporto tra genitori e figli; sia quello

³² Detienne 2008, 59–78, 112.

³³ Meier 2011, 307 riferisce la frase: “il diritto è lite” per intendere un'idea del diritto come “lite davanti al tribunale”.

³⁴ Gell. 13.3.5.

³⁵ D. 1.1.12 (Marc. 1 *inst.*).

³⁶ D. 50.17.8 (Pomp. 4 *ad Sab.*): *iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt*.

³⁷ PS. 5.15.3 = Coll. 9.3.3.

³⁸ D. 2.6.2 (Call. 1 *ad ed. monitorium*); D. 35.1.81.pr. (Paul. 21 *quaest.*).

tra patroni e liberti (PS. 5.15.3 = Coll. 9.3.3); sia quello tra la patrona e i suoi discendenti, la moglie o la nuora (D. 2.6.2, Call. 1 *ad ed. monitorium*); sia quello tra il *servus* e la *contubernalis* (D. 35.1.81.pr., Paul. 21 *quaest.*)³⁹. Per non dire dell'*heres necessarius*⁴⁰.

Il secondo elemento è poco più che una suggestione. Mi riferisco alla ben nota affermazione di Pomponio per cui Ermodoro di Efeso avrebbe istruito i decemviri nella redazione del codice decemvirale⁴¹. Ovviamente la questione non è di stabilire se questa notizia sia vera (probabilmente il giurista riporta una tradizione consolidatasi in età annibalica⁴²), ma per il discorso che stiamo facendo non può essere sottovalutata. Ad essa avevano creduto gli storici dell'inizio del secolo scorso e Federico Maria d'Ippolito, pur catalogandola come dubbia, la ritiene "non del tutto inattendibile"⁴³.

Voglio precisare. Non sto dicendo di considerare attendibile la notizia pomponiana *tout court*, intendo solo evidenziare come, per la prospettiva di indagine del mondo processuale greco e romano dell'età arcaica che ho scelto di percorrere, il collegamento tra le XII Tavole e il mondo di Eraclito appaia alquanto suggestivo e stringente. Il riferimento di Pomponio a Ermodoro come istruttore dei Romani nella redazione delle XII tavole dimostra che il giurista ha ritenuto credibile affermare (ancora in età adrianea) che l'assetto normativo dove comparire la prima regolamentazione del processo (le XII tavole) fosse espressione di un clima culturale (V a.C.) assai vicino a Eraclito che visse tra la fine del VI e il V sec. a.C.

5. *Il processo romano come "giustizia congegnata per capi di potenti clan"*

Queste fonti vanno lette insieme alle seguenti due testimonianze tratte dal Digesto giustiniano:

D. 50.17.176.1 (Paul. 30 *ad Plaut.*): infinita aestimatio est libertatis et necessitudinis.

³⁹ D. 1.1.12 (Marc. 1 *inst.*). Sui significati giuridici di *necessitudo* e sul rapporto con *ius v.* Catalano 2001, 104 ss. Si v. anche Non. Marc. *comp. doctr.* 561 Lindsay; Charis. *Gramm.* I.99.22–24 Keil; Gai. 1.156; Pomp. in D. 50.17.8: *iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt*.

⁴⁰ Gai. 2.155; Inst. 2.19.1; D. 42.6 (*De separationibus*).

⁴¹ D. 1.2.2.4 (Pomp. *liber sing. enchiridii*): *et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. Quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium exulantem in Italia quidam rettulerunt*.

⁴² Per un quadro d'insieme Senzasono 1996, 53–75. Sulla questione specifica v. Biffi 2008, 9–24 che ricostruisce la notizia come retrodatazione di una circostanza (il contatto culturale) risalente ad età annibalica.

⁴³ Così d'Ippolito 2003, 17 facendo riferimento ad Arangio Ruiz 1957, 64. Ma già così in D'Ippolito 1988, 403. V. su Strabo 14.1.25 C642 Cornell 1995, 453 "Strabo's statement that Hermodorus was known to Heraclitus (early fifth century) makes the chronology strained, but not impossible".

D. 1.5.4.pr. (Flor. 9 *institutionum*): *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur.*

Come si vede due giuristi di età severiana assimilano nella prima (Paolo) *necessitudo* a *libertas*; mentre nella seconda (Fiorentino) definiscono libertà come la “facoltà naturale di fare ciò che a ciascuno aggrada, tranne ciò che sia impedito dalla forza o dal diritto”⁴⁴.

La realtà che tali fonti descrivono è dunque quella di una società dove la violenza ha un ruolo significativo e un sistema del genere è molto congeniale a una società divisa per clientele dove il patronato svolge un ruolo fondamentale⁴⁵. Come si poteva procedere a una *manus iniectio vocati* o *iudicati* senza avere alle spalle un *vindex* pronto a garantire contro chiunque fosse intenzionato a perpetrare degli abusi? Si potrebbe dire allora che la storia del processo e del diritto romano (*lato sensu* considerati), soprattutto quella repubblicana, sia stata la storia di una progressiva emancipazione da regole di autotutela basate sul diritto della forza⁴⁶. Le procedure *per legis actiones* e *per formulas* possono quindi essere definite in questo senso espressioni di *una giustizia congegnata per capi di potenti clan* perché l’applicazione del diritto poteva effettivamente dipendere in concreto dalla forza sociale (intesa anche come violenza) delle parti⁴⁷.

⁴⁴ Così anche in Inst. 1.3.1. Uso per il frammento la traduzione di Schipani 2005, 99.

⁴⁵ Agli incaricati del Senato romano si dava l’appellativo di *patronus* ed inoltre la gestione dell’*ager publicus* da parte delle ricche *gentes* patrizie sarebbe stata alquanto problematica senza la possibilità di servirsi di estese clientele. Si v. per questo anche Marx 1954, 23. Secondo Emilio Costa 1968, 218–219, un indice probante della romanità della società evocata da Plauto nella sua *Palliata* sarebbe proprio nei riferimenti ai rapporti tra patroni e liberti. Dell’importanza del vincolo di clientela o patronato infine parla Gellio in 20.1.40 e uno dei luoghi dove si rileva con maggiore evidenza il lavoro di adeguamento dei giuristi romani sul materiale delle XII Tavole è proprio in materia di costruzione della disciplina giuridica della tutela legittima tra patroni (e figli dei patroni) e liberti (e figli dei liberti): si v. per questo Gai. 1.165.

⁴⁶ L’ipotesi che il processo romano sia stato una faticosa emancipazione della forza del diritto sul diritto della forza è dimostrato anche dalla storia dell’autotutela o del divieto dell’esercizio arbitrario delle proprie ragioni che copre uno spazio temporale che va dal V sec. a.C. al IV d.C. Si comincia in età arcaica con la regolamentazione decemvirale della *manus iniectio* (Gai. 4.21); poi con gli interdetti *uti possidetis* e *utrubi* la cui formula contemplava le parole *vim fieri veto* (Gai. 4.160); con datazione incerta c’è poi la *lex Plautia de vi* (80/70 a.C.) confermata dalla *lex Iulia* che confermò il contenuto di tale legge sancendo il divieto di usucapione delle *res furtivae* (v. per tutto Rotondi 1990, 377); per l’età severiana c’è da segnalare il divieto di autotutela in materia di obbligazioni posto dal *decretum divi Marci* [D. 48.7.7 (Callistr. 5 *de cognitionibus*)]; per l’età tardoantica e postclassica si può ricordare il divieto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni posto nel 389 a.C. da CTh. 4.22.4 ribadito in CI. 8.4.7 [Imp. Valentin., Theod., Arcad.].

⁴⁷ Monateri 2005, 63: “Dietro il processo stava il patronato, ed è il patronato che spiega realmente i caratteri del diritto romano. Il patronato è un sistema sociale di divisione in patroni e clienti: i primi proteggono i secondi nelle loro attività sociali. Questo era un modello di organizzazione molto diffuso nell’area del Mediterraneo: normalmente in un sistema retto dal patronato non c’è bisogno di leggi per ottenere giustizia e al posto dei giudici, nell’accezione moderna del termine, i patroni si servono di un apparato di mediatori – arbitri – che per loro conto possono gestire la

Ritorno sulla tesi di Monateri perché l'idea che nella società romana arcaica e repubblicana vivesse meglio chi poteva servirsi dell'appoggio di un potente patrono appare ad una disamina più attenta persino ovvia⁴⁸. Essa però propone, al contempo, anche una visione parziale e fuorviante delle cose perché per i giuristi e per la tradizione romanistica il processo romano è stato certamente molto di più.

6. *Dal diritto della forza alla forza del diritto: il problema della verità nel diritto*

In due passi quasi gemelli del *de inventione* di Cicerone sono esposti i precetti fondati sul *ius naturae* che rientravano nello status generale della *constitutio* negoziale fondata sull'equità:

Cic. *de inv.* 2.22.65: Nunc huius generis praecepta videamus. Utrisque aut etiam omnibus, si plures ambigent, ius ex quibus rebus constet, considerandum est. Initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem adprobata quaedam a consuetudine aut vero utilia visa legibus esse firmata. Ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem⁴⁹.

Cic. *de inv.* 2.53.161: Naturae ius est, quod non opinio genuit, sed quaedam in natura vis insevit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem. R e l i g i o est, quae superioris cuiusdam naturae, quam divinam vocant, curam caerimoniamque affert; p i e t a s,

giustizia tra i vari gruppi. Questa immagine s'intona perfettamente ad una descrizione imparziale dei meccanismi della giustizia romana". Ancora (ibidem): "Se adottiamo il modello del patronato per spiegare la storia giuridica romana, possiamo constatare che i membri dell'aristocrazia avevano un interesse personale nei processi: loro erano la legge. Loro garantivano citazioni ed esecuzioni. Erano oracoli viventi del diritto proprio nel senso che erano i capi dei clan più potenti, privatamente incaricati di applicare il diritto. Di conseguenza, penso si possa dar ragione della presenza dei giuristi appartenenti all'aristocrazia senatoria e consolare in considerazione dei meccanismi della giustizia e del loro carattere difettoso nella soluzione delle controversie".

⁴⁸ Monateri 2005, 60 e *passim*. Il taglio forse volutamente provocatorio di questo comparativista ha suscitato vibrante e giustificate reazioni da parte della dottrina romanistica. Si segnalano Zuccotti 2004, 43 ss. e *passim*; Cantarella 2004, 101 e ss.; Mercogliano 2007, 35 ss., 86 e ss., 97 e ss.; Palma 2006, p. IX della *Premessa*; Stolfi 2007, 521 ss.; nonché, ampiamente, Santucci 2007, 1057 ss.; F. Klink, *Rec. a P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, in *GPR* 4, 2007. Definisce la prospettazione di Monateri addirittura approssimativa e sgangherata Miglietta 2010 (sul web).

⁴⁹ "Ora esaminiamo i precetti relativi a questo genere. Le due parti, oppure tutte, nel caso che i litiganti siano in più, debbono considerare di quali parti risulti formato il diritto. Pare dunque che esso abbia avuto origini naturali; alcuni diritti entrarono nell'uso in base al criterio, alle volte chiaro alle volte no, dell'utilità. Altri poi accettati dall'uso o rivelatisi veramente utili, acquistaron forza di legge. Ed è invero 'diritto naturale' quanto ci ha fornito non l'opinione, ma un' indefinibile facoltà innata in noi, come la 'religione', la 'pietà', la 'riconoscenza', la 'vendetta', l' 'ossequio', la 'verità'". La trad. it. è di Amedeo Pacitti 1967, 214.

per quam sanguine coniunctis patriaeque benivolum officium et diligens tribuitur cultus; g r a t i a, in qua amicitiarum et officiorum alterius memoria et remunerandi voluntas continetur; v i n d i c a t i o, per quam vis aut iniuria et omnino omne, quod obfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur; o b s e r v a n t i a, per quam homines aliqua dignitate antecedentes cultu quodam et honore dignantur; v e r i t a s, per quam immutata ea, quae sunt [ante] aut fuerunt aut futura sunt, dicuntur.

Non c'è tempo per entrare nei dettagli, ma *religio*, *pietas*, *gratia*, *vindicatio*, *obsequium* e *veritas* offrono una valida rappresentazione di ciò che diventò il *ius* grazie allo sforzo che la cultura giuridica antica produsse per emancipare il diritto e il processo romano dall'uso della violenza per far valere le proprie ragioni. Si potrebbe dire: *dal diritto della forza alla forza del diritto*. Mi soffermo qui solo sull'ultimo vocabolo della lista di Cicerone perché l'affermazione del concetto ellenistico di *veritas* elaborato in massima parte dal pensiero stoico determinò effetti molto importanti anche per l'evoluzione del pensiero giuridico romano⁵⁰. Se posso esprimermi così direi che, a partire dalla media età repubblicana, *veritas* cominciò a rappresentare anche in chiave giuridica, in una scala di valori, il livello più alto o nobile di *aequitas*; qualcosa che potremmo assimilare alla nostra idea di giustizia. Ho speso qualche pagina su questo tema per cui posso evitare di ripetermi⁵¹. Il dato rilevante è che qui con chiarezza rileva un'idea di diritto come valore⁵². Mi limito qui a ribadire ancora che in Cic. *de inv.* 2.22.65; 2.53.161, come si vede, *veritas* è parte del *ius naturae*; mentre già in Plauto *verum*, *aequum* e *bonum* sono prerogative di *ius*⁵³.

Per l'impiego di *verum/veritas* nelle fonti giuridiche (giustinianee) si può fare l'esempio del giurista Alfeno, che usa *quod verius est* in D. 33.7.16.1 (2 *dig. a Paul. epit.*); di Paolo, che in D. 40.4.35 (50 *ad ed.*) scrive *quae sententia vera est*; e di Giavoleno che in D. 40.7.39.3 (4 *ex post. Lab.*) usa *verum est*⁵⁴. È interessante a questo riguardo richiamare una testimonianza di Stobeo che a sua volta ripete una definizione di Crisippo di "valore" riferita a "giustizia" che corrisponde al

⁵⁰ La definizione di *veritas* di Cicerone (*de inv.* 2.23.161) come "dote per dire senza alterarle le cose passate, presenti e future" è ripresa dal filosofo bizantino Simplicio (che subì l'influenza del pensiero stoico nel campo dell'etica) nel suo commento alle *Categorie* di Aristotele: *Simpl. in Arist. cat.* f. 103b ed. Bas. [SVF 2.63 (= Radice p. 403, n. 198)].

⁵¹ Mi permetto di rinviare ancora a Sacchi 2013, 97–104.

⁵² Satta 1994, 123–127.

⁵³ Plaut. *Pseud.* 537: *ius bonum orat Pseudolus*; Plaut. *Rud.* 1157: *Ius bonum oras*; *Rud.* 1138: *ius verum oras*; *Trin.* 1161: *ius hic orat*; *Sticch.* 423: *Et ius et aequom postulas: sumas, Stiche.*

⁵⁴ Imprescindibili per inquadrare ora il problema Masi Doria 2013, 51 s. e *passim*; Cascione 2013, 65–167, in part. 163 e *passim*; Miglietta 2013, 312 ss.; Giaro 2013, 359–380, in part. 380.

ben noto topos giuridico *suum cuique tribuere* di D. 1.1.10 (Ulp. 1 *reg.*). Essa è da leggere insieme a Diogene Laertio (VII 105) che cita lo stoico Crisippo per cui “valore è anche il giudicare fra due cose in alternativa”; e Cicerone in un frammento del *de inventione* (che precede quello appena sopra esaminato dove *veritas* è una prerogativa del *ius naturae*):

Stobeo *Anth.*(= *ecl.*) 2.84.4 [SVF 3.30 (= Radice p. 1028, n. 125)]: “[...] <Crisippo> dice però che spesso si usa il termine “valore” (ἄξιον) al posto di “di ciò che è dovuto”, significato che è implicito nella definizione della giustizia, quando si sostiene che è un’attitudine a distribuire a ciascuno secondo il suo “valore” (ἄξιόν): e ciò equivale a dire a ciascuno secondo ciò che gli è dovuto”.

Cic. *de inv.* 2.53.160: Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem. Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt: postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.

In queste fonti la verità è dunque un valore che trae origine dal *ius naturae* e riflette un ideale di giustizia⁵⁵. Lo scarto tra l’impostazione filosofica (greca) e quella giuridica (romana) è dato da Ennio che nelle *Eumenides* e nella *Hectoris Lytra*, parlando di “ciò che è fatto in modo giusto ed equo” (*id ego aecum atque ius fecisse expedibo atque eloquar*), precisa che il *ius* è “migliore del valore perché spesso i malvagi raggiungono il valore”, mentre il “diritto e l’equo disdegna i malvagi”⁵⁶. Condividendo la tesi che Ennio avesse come riferimento culturale i *Tripertita* di Sesto Elio (come ritengono plausibile d’Ippolito e Bretone), abbiamo così un dato cronologico abbastanza affidante sull’epoca in cui può essersi consolidata tale impostazione nella dottrina giuridica romana: un segmento temporale che va dalla fine del III, ai primi anni del II secolo a.C., secondo la tesi più accreditata sulla datazione dell’opera di Sesto Elio⁵⁷.

⁵⁵ Ampia disamina sul passo ciceroniano in Falcone 1988, ma cito dal web <http://www1.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2007-2008/Falcone.pdf>, ove 140 ss. e *passim*. Completano il quadro altri due notissimi frammenti del *De officiis* ciceroniano. Nel primo (*de off.* 1.5.15–16) la virtù dell’*honestum* è considerata come intuizione di verità (*in perspicentia veri*) e la virtù di colui che è da considerare prudente e sapiente consiste nell’indagare e nello scoprire la verità (*in qua sapientiam et prudentiam ponimus, inest indagatio atque inventio veri, eiusque virtutis hoc munus est proprium*). [16] *Ut enim quisque maxime perspicit, quid in re quaque verissimum sit quique acutissime et celerrime potest et videre et explicare rationem, is prudentissimus et sapientissimus rite haberi solet. Quocirca huic quasi materia, quam tractet et in qua versetur, subiecta est veritas*); nel secondo (*de off.* 1.6.19) il *ius civile*, la dialettica, l’astronomia e la matematica sono considerate *artes in veri investigatione versate*. Cfr. Bretone 2005, 330 ss. e *passim*.

⁵⁶ Enn. *Scen.* 148 V². = 148J.; *Scen.* 189 V². = 156J. Sulla valenza giuridica di tali testimonianze v. d’Ippolito 2014, 121 e *passim*.

⁵⁷ Cfr. d’Ippolito 2014, 121 e nt. 3 che a sua volta si richiama a Bretone 1998, 46–50.

Un'altra precisazione riguarda l'osservazione di Max Pohlenz per il quale "già l'autore della *Rhet. ad Her.* (II 19) e Cicerone nel *De inv.* (II 65 e 161) conoscono lo *ius naturae*, ma non nella sua fisionomia specificatamente stoica"⁵⁸; mentre, con riferimento a Ulpiano in D.1.1.3–4 (e Inst. 1.2), lo stesso studioso rileva come il giurista severiano "seguendo Teofrasto e i Pitagorici e contrapponendosi alla Stoa, estenda lo *ius naturale* a tutti gli esseri viventi"⁵⁹. La ragione della distinzione ulpiana risiederebbe nell'intenzione di distinguere il *ius naturale* (un *ius* comune a tutti gli esseri viventi) dal *ius gentium* che tutti i giuristi ritenevano specificatamente umano⁶⁰. Il punto è importante perché se in *Rhet. ad Her.* 2.13.19 il *ius* è ripartito in *natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono et pacto*; e natura è *quod cognationis aut pietatis causa observatur, quo iure parentes a liberis, et a parentibus liberi coluntur*, questo vuol dire che la definizione di *ius naturae* di Cicerone e quella di *ius naturale* di Paolo in D.1.1.11 (*uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*), esprimono due momenti distinti dell'evoluzione del pensiero giuridico romano. In età repubblicana il *ius naturae* non comprendeva ancora il *bonus et aequum*. In età severiana il *ius naturale* s'identificava col *bonus et aequum* ma non col *ius gentium*.

Per dissipare ogni dubbio sul fatto che la verità del processo romano fu intesa a partire da una certa epoca al modo del *logos* stoico come una *verità come evento* e non *come corrispondenza* (ossia come *adaequatio rei et intellectus*) è sufficiente rileggere una nota frase del *De re publica* di Cicerone dove Lelio rivolgendosi a Scipione afferma che a volte "davanti a un buon giudice, l'*argumentum* può valere più dei testimoni" (*apud bonum iudicem argumenta plus quam testes valent*)⁶¹.

Siamo in tema di giudizio di fatto e si presuppone la distinzione fondamentale della retorica antica tra le *probationes inartificiales* (ἀτεχνοί), ossia le prove presentate al giudice già perfette (testimonianze, documenti, giuramenti, *argumenta iuris*, etc.) e le *probationes artificiales* (ἐντεχνοί) che erano invece le prove presentate al giudice dal retore⁶² (assimilabili oggi alla *circumstantial evidence* del diritto anglosassone o alla prova presuntiva o indiziaria di cui agli artt. 2727 e 2729 c.p.c. o 192, 2 comma c.p.p. italiano⁶³). Carla Masi Doria sulla questione non potrebbe essere più esplicita: "Tra l'altro, i retori greci e romani, almeno fino al I secolo a.C., reputavano che nell'argomentazione dovesse essere pro-

⁵⁸ Pohlenz 2005, 547.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Cic. *de re p.* 1.38.

⁶² Arist. *rhet.* 1375a. Sulla questione con ind. bibl. si v. Masi Doria 2013, 29 s.

⁶³ Così Cavallone 2016, 133–135.

vato, come il fatto, anche il diritto. Che il diritto, cioè, fosse vero, applicabile e utilizzabile con riguardo al caso. E ponevano questa *probatio* tra quelle *inartificiales*, senza distinguerla dalla prova dei fatti”⁶⁴.

Se questa era dunque la *verità nel diritto* anche degli oratori giudiziari ad Atene e Roma, sarebbe riduttivo assimilare questo topos solo al discorso retorico o a un giudizio di sussunzione di sola corrispondenza. Bisogna considerare che mentre è esatto dire che sul piano filosofico è di sicuro rilevante la differenza tra la “verità di ragione” (in sigla: *vdr*) e la “verità di fatto” (in sigla: *vdf*)⁶⁵; sul piano strettamente giuridico, resta invece la differenza tra una “verità fattuale” (in sigla: *vf*) e una “verità normativa” (in sigla: *vn*)⁶⁶. Rispetto a questa duplice forchetta, la “verità di fatto” dei filosofi va distinta dalla “verità fattuale” dei giuristi; così come la “verità di ragione” (sempre dei filosofi) è diversa dalla “verità normativa” (sempre dei giuristi). Le fonti mostrano i giuristi romani molto più impegnati in giudizi veritativi sulle norme che non di natura fattuale⁶⁷: Cervidio Scevola dichiarerà la sua incompetenza in materia di giudizio veritativo di fatto affermando: *non de iure quaeritur*⁶⁸; del pari, Paolo, affermerà che situazioni di tipo possessorio (qualificate *res facti*) non avrebbero potuto essere inficcate dal *ius civile*: *res facti infirmare iure civili non potest*⁶⁹.

La ragione di questo stato di cose è che i giuristi romani valutavano (mi verrebbe da dire ovviamente) la qualità dei fatti dal punto di vista della loro qualificazione giuridica e non della loro verificabilità empirica. La loro verità era finalizzata non ad accertare la sussistenza del fatto in sé (un compito semmai spettante al magistrato giudicante), ma la sua qualificazione giuridica⁷⁰. È utile, a questo punto, riflettere tuttavia sul dato seguente: il principio che regola la *vdf*, dei filosofi, ossia il *principio di ragione sufficiente* (in sigla *prs*, il cui contrario non implica contraddizione) può soddisfare anche la *vn* dei giuristi perché ogni situazione è un caso a se stante; similmente la *vdr* dei filosofi, che deve soddisfare il *principio di non contraddizione* (in sigla *pnc*, dato che il contrario implica contraddizione),

⁶⁴ Masi Doria 2013, 30.

⁶⁵ Verità di ragione sono quelle il cui contrario implica contraddizione perché si basano sul principio di non contraddizione (“il triangolo ha tre angoli”) e quindi *predicatum inest subjecto*. Verità di fatto sono invece quelle in cui il contrario non implica contraddizione perché si basano sul principio di ragione sufficiente (“Cesare è stato ucciso alle idi di marzo del 44 a.C.”) e quindi *predicatum non inest subjecto*. Traggio da Vitiello 1997, 61.

⁶⁶ Su cui v. Giaro 2013, 359 ss.

⁶⁷ Così Giaro 2013, 377.

⁶⁸ D. 33.7.20.9 (Scaev. 3 *resp.*). Giaro 2013, 360.

⁶⁹ D. 41.2.1.4 (Paul. 54 *ad edictum*). Giaro 2013, 361.

⁷⁰ Giaro 2013, 360, 377 e *passim*.

non vincola la *vn* dei giuristi per la stessa ragione. Ecco il motivo per cui a mio avviso in D. 50.17.24 (Paul. 5 *ad Sab.*) si legge: *Quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit*; e ancora in D. 50.17.80 (Pap. 33 *quaest.*): *In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.*

Tutto ciò è conforme all'idea che la *ratio* del *ius* (come processo o a questo punto anche solo come oggetto di speculazione giuridica) diventò al suo *achmé* quella di arrivare a una *verità nel diritto* che si raggiungeva quando il *responsum*, la *sententia* o la stessa legge o *regula* si riconoscevano come espressioni di *orthós logos* (o *recta ratio*), ossia manifestazioni di "equità"; ossia come *ius naturae*. Insomma, *verum quia aequum* come sembrerebbe suggerire l'uso nei Digesti di Giustiniano dell'espressione tecnica *verum est* nel vocabolario dei giuristi romani⁷¹.

Anche accettando la definizione di questo topos giuridico data da Tomasz Giaro come "espressione di bilanciamento che fornisce un giudizio definitivo su tutte le questioni dogmatiche da risolvere in un caso concreto"⁷², ciò non può tuttavia significare soltanto mero riscontro veritativo di una corrispondenza (in senso dogmatico-aristotelico) di una situazione giuridico-fattuale a una norma vigente o a un principio assiomatico. Forse la traduzione non rende in pieno il pensiero dell'acuto studioso polacco, ma i giuristi romani non si esercitavano su questioni di tipo dogmatico. Cercavano piuttosto, se non soprattutto, per le ragioni appena esposte, l'adeguatezza in senso regolativo-costitutivo di una *species* (il caso concreto) al suo *genus* (la regola giuridica, il *nomos* da applicare come norma adeguata)⁷³. E in questo modo l'*argumentum* poteva diventare, o essere riconosciuto, come *ius*. Diversamente avrebbe poco senso parlare di *ius controversum*⁷⁴; non avrebbe alcun senso la frase celsinea/ulpiana di *ius* come *ars boni et aequi* e le espressioni *verum est* e similari del Digesto giustiniano dovrebbero giocoforza risultare insitcive⁷⁵. Per non dire poi della polisemia di *ius*.

La "verità" dei giuristi romani, fuori dal contesto retorico-filosofico, poteva quindi soddisfare il *pnc* solo nel senso di non andare in contraddizione con una

⁷¹ Sul punto v. *retro*.

⁷² Giaro 2013, 380.

⁷³ D. 50.17.80 (Papin. 33 *quaestionum*). Si v. per la nozione di equità come riferimento ermeneutico di tipo regolativo-costitutivo Chiodi 2000, 240 ss. Mi sia permesso rinviare anche a Sacchi 2011, 9–54.

⁷⁴ Si v. per un ampio inquadramento del tema Cascione 2012, 710 che legge Bretone 2008, 767 e *passim* e rinvia alla lettura di Ruggiero 2010, 261 ss.

⁷⁵ Masi Doria 2013, 51 è possibilista sulla tesi conservativa per cui "'*verus*', '*verius*' e '*verissimus*' non sono più reputati (almeno metodicamente) come sintomi di un intervento compilatorio. Piuttosto si tratta di predicati tipici del discorso giuridico (...). Servono cioè all'interno dell'argomentazione, per costruire una comparazione tra sistemi di soluzioni e indicare una scelta". La studiosa richiama per questo Giaro 1995, 78 ss. spec. 108.

legge vigente (una verità di tipo normativo); mentre il principio (a mio avviso) prevalentemente applicato era il *prs*, ossia una verità di tipo fattuale o come evento, ossia commisurata al caso di specie (*quod ad speciem directum est*); ciò anche nelle dispute di scuola su casi ipotetici, dove questo tipo di verità si sperimentava come esercizio di logica formale. A queste condizioni essa poteva riconoscersi come una verità di rango scientifico nel senso ellenistico di *vera philosophia*.

Questo tipo di verità giuridica come giustizia o equità dev'essere intesa quindi non come un universale *ante rem* (le cd. idee platoniche); né al modo aristotelico, ossia come un universale *in re* (l'*orthos nomos*), dato che l'equità (*epieikeia*) come universale *ante rem* doveva essere un correttivo per la legge del tiranno; ma al modo degli stoici come un universale *post rem*, ossia come ho già detto in altre occasioni, come una verità come evento (*orthos logos*) in quanto "precipitato" o applicazione di un metodo scientifico. Ecco come Pomponio potrà affermare in D. 1.2.2.13 che il *ius* non può esistere se non c'è qualcuno che possa quotidianamente migliorarlo (*post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci*).

7. Il processo come *ius* e la 'presunta' derivazione di *ius* da *iustitia*

Riprendiamo il filo poc'anzi interrotto. La storia del processo romano può dunque essere descritta come una *Aufhebung* (in senso hegeliano *un progresso che integra tutto il vecchio nel nuovo che si afferma*). Mi sto riferendo alla teoria dell'*evoluzione regressiva* di Flaminio Mancaleoni che spiega molto bene, fra l'altro, anche il fenomeno del progressivo depotenziamento della *patria potestas* o dell'emancipazione della donna⁷⁶. Con la stessa legge decemvirale del resto, prima di abbandonare il debitore al suo destino, fu regolamentata con una legge scritta anche l'esecuzione personale⁷⁷. Per effetto dell'erosione dei vecchi schemi gentilizi e familiari (anche della *giustizia congegnata per capi di potenti clan*) si cominciò ad affermare quindi, durante l'età repubblicana, una concezione del processo anche come luogo di sperimentazione di un *ius* inteso come meccanismo procedurale tendente all'*aequitas* (già dalla fine del II secolo a.C. in senso stretto anche in ambito pretorio, ossia per il *ius civile*)⁷⁸.

⁷⁶ Mancaleoni 1921, 1 ss.

⁷⁷ Nocera 1976, 227 ss.

⁷⁸ Si v. Schiavone 2005, 130 ss. e *passim*. Illuminante è la seguente sequenza di testimonianze festine sul processo romano arcaico come applicazione di *aequitas*: Fest. sv. *hostire* (L. 91): *Hostis apud antiquos peregrinos dicebatur, et qui nunc hostis perduellio*; Fest. sv. *Redhostire* (L. 334,14): [*Redhostire = referre gratiam*] *nam et hostire pro aequare posuerunt*; Fest. sv. *Status dies cum hoste* (L. 416,5): *Status dies cum hoste vocatur qui iudici causa est constitutus cum peregrino; eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo Romano, atque hostire ponebatur pro aequare*. Qui si vede come si compongono le tessere di un mosaico complesso il cui tema dominante è un riferimento costante a schemi processuali in cui sono coinvolti gli stranieri: lo

Non mi soffermo sulla storia dell'*aequitas* nel processo e nel diritto romano perché nei tratti principali è ampiamente ricostruita⁷⁹. Vengo invece all'esito finale e più evidente di questo percorso che può essere rappresentato dall'indagatissimo aforisma per cui *ius est ars boni et aequi* integrato dalle altrettanto indagate parole *veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes* in D. 1.1.1.1 (Ulp. 1 *inst.*)⁸⁰.

Questa testimonianza (ancora molto discussa) mi offre il destro anzitutto per riflettere sul significato di *iustitia* e sul processo romano come *ius*⁸¹. Se mi è permessa la semplificazione, si vedrà come anche cambiando prospettiva o l'ordine dei fattori il risultato non cambia. Prendiamo le mosse da *ius*⁸².

Il significato di questo termine è tutt'altro che univoco. Paolo in D. 1.1.11 (14 *ad Sab.*) scrive: *Ius pluribus modis dicitur (...)*; poi elenca una serie di cinque significati di *ius* (*ius naturale, ius civile, ius honorarium*, il *ius reddere* del pretore, il *locus in quo is redditur*) a cui si deve aggiungere un sesto di cui parla Marciano in D. 1.1.12: il *ius pro necessitudine* come *ius cognationis* o *adfinitatis* di cui ho già detto.

Nella traduzione di Contardo Ferrini del *Commentario alle Pandette* di Glück si contano invece almeno tredici/quattordici significati⁸³. Di questi almeno nove sono estranei al processo: 1) un *ius* inteso come legge; 2) come atto avente forza di legge (*l'ita ius esto* decemvirale); 3) come ciò che è buono, equo o utile; 4) o come facoltà di fare o tralasciare qualcosa (*ius pignoris, ius venandi*, di riscuotere un'imposta, *ius suum cuique tribuendi*); 5) il *ius potestatis* del *pater familias* su persone o cose; 6) *ius* come *necessitudo*; 7) *ius* come qualità di una *res*, o come titolo, o come fondamento giuridico (i *iura praediorum* o il *ius servitutis*); 8) un *ius* come complesso di leggi o ordinamento (*ius scriptum, ius criminale, ius romanum*); 9) una declinazione di *ius* per contrapporre il *ius civile* al *ius gentium* o al diritto pretorio. Dei restanti, almeno quattro riguardano il processo: 1) si usava *ius* per dire il luogo dove si esercitava la giurisdizione; 2) la procedura o il pro-

status dies cum hoste fu una norma sui termini a comparire in giudizio delle XII tavole (Tab. 2.2); la pretura peregrina aveva giurisdizione sulle controversie tra cittadini romani e stranieri, e tra stranieri, e fu istituita nel 242 a.C.; il *referre gratiam* del *de inventione* di Cicerone; una definizione del processo come luogo di riflessione equitativa (*hostire pro aequare*).

⁷⁹ In particolare cfr. Schiavone 2005, 258–264 e *passim*.

⁸⁰ Per il dibattito sull'interpretazione di questo frammento si v. Gallo 1987, 7–52; Falcone 2004, (sul web); Schiavone 2005, 363–389, 488 ss.; Gallo 2005, 1–24 (sul web).

⁸¹ Per uno sguardo generale su *iustitia* si vd. Peppe 2006, 1–8 (sul web).

⁸² Catalano 1987, 68 dove il *ius* non si “identifica” con le fonti di produzione del diritto romano (Gai. 1.2: *leges, plebiscita, senatus consulta, constitutiones* imperiali, *edicta* magistratuali, *responsa* dei giuristi), ma ne è conseguenza. Così Corbino 2000, 183.

⁸³ Glück 1888, 3–10.

cesso stesso; 3) il pronunciamento del pretore o del magistrato pubblico o privato; 4) la giurisprudenza stessa⁸⁴.

Questa lunga citazione dimostra che qualsiasi cosa si possa dire di *ius*, e dunque in senso attuale di “diritto”, non si può prescindere dalla conoscenza dell’esperienza dei giuristi romani e del loro processo. Affermare di poter fare a meno di questa storia (come ha scritto Monateri e molti altri con lui) è un atto di grave presunzione e direi anche di ignoranza.

Detto questo, non c’è dubbio che per la tradizione giuridica romana *ius* fu un termine tecnico usato per metafora o metonimia, lo ripeto, anche per designare il processo *tout court*. Questa polisemia del termine invita però a ricostruirne la storia. Anche qui si possono distinguere due fasi.

Una prima, più risalente, dove *ius* vale come rimedio: penso al *med* del vaso di Duenos forse riconducibile al *meddix* osco da *medeor* = ‘guarire’ che era l’omologo del *iudex* romano (si pensi a ‘medico’, ‘medicina’, ‘medicamento’)⁸⁵. Dimostra Euripide che la metafora del farmaco come rimedio a un contegno ingiusto appartenesse al pensiero arcaico⁸⁶; e ancora Plinio *maior* usa *ius* per indicare un decotto o una pozione medicamentosa⁸⁷. Sulla contiguità culturale tra ambiente osco e latino non è possibile invece dubitare: Ennio diceva di avere tre anime perché parlava greco, osco e latino⁸⁸; Catone esorta il figlio a non preoccuparsi dei Greci che per schernire i Romani li chiamavano Opici in senso dispregiativo⁸⁹.

In una fase successiva *ius* appare mutare di significato in funzione di una sempre maggiore maturità della scienza giuridica. Penso al *ius* come *porco piaculo facere* o al *iusiurandum* come *verum facere* (sempre del *de agri cultura* di Catone) dove un uso giuridico laico di *ius* e nel significato di ‘sugo’ o ‘brodo’ in chiave sacrale è contestuale⁹⁰. Anche qui ci sarebbe una storia da raccontare. Pare infat-

⁸⁴ Ivi, p. 3–10: a) “La parola *ius* si usa (...) per indicare il luogo dove si esercita la giurisdizione, specialmente il tribunale del Pretore” (il riferimento è a D. 1.1.11 dal commento di Paolo a Sabino: *ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur*); b) “Un significato altro è quello, per cui s’indica colla voce un modo di procedere per l’esame e la decisione di oggetti controversi oppure la forma di un processo o l’ordinamento del giudizio” (il riferimento è al *ius controversum* e alle varie procedure giudiziali); c) “Sotto la voce *ius* si intende il pronunciamento del pretore o di altro magistrato”; d) “Finalmente significa *ius* ‘giurisprudenza’ e in questo senso non è solo usato nella rubrica del presente titolo (scil. *de iustitia et iure*), ma anche nel primo frammento di esso ove si dice *ius est ars boni et aequi*”.

⁸⁵ Mi sia permesso di richiamare qui Sacchi 2014, 86–91.

⁸⁶ Eurip. *Fen.* vv. 469–472.

⁸⁷ Plin. *n.h.* 20.(44).115; 27.(51).75. Così Piccaluga 2004, 92.

⁸⁸ Gell. 17.17.1.

⁸⁹ Plin. *n.h.* 29.(7).14.

⁹⁰ Cato *de agri c.* 139; 148,2 [CLVII].

ti che sia stato Tullo Ostilio ad abolire l'uso di far bollire le viscere della vittima sacrificale prima che *concremarentur diis* e che da questo momento queste sarebbero state offerte solo parzialmente arrostiti cioè *semicruda et leniter animata*⁹¹. Nel rituale sacrificale etrusco l'espressione *in veru* serviva invece per descrivere il modo di cuocere gli *exta* (cioè le interiora degli animali *immolati*)⁹². Mentre il *verum* era lo spiedo di cui si serviva il celebrante per cuocere sulla fiamma viva la parte dell'animale dedicata al dio oggetto della cerimonia sacrificale, letteralmente *in veru* significava celebrare il rito religioso esponendo le interiora della vittima direttamente alla fiamma viva. Abbiamo per questo testimonianze univoche di Plauto e di Virgilio: Plaut. *Rud.* 1302–1304: *nam quidem hoc venenatumst verum: ita in manibus consenescit. L. Adulescens, salve. G. Di te ament cum inraso capite. L. Quid fit? G. Verum extergetur*; Verg. *Aen.* 1.212: *pars in frusta secant ueribusque trementia figunt*. Secondo il rito greco-romano gli *exta* venivano invece bruciati *in olla*: Plaut. *Cas.* 774: *aulas pervortunt, ignem restingunt aqua*. Queste testimonianze indurrebbero a credere che un contributo significativo per la laicizzazione di *ius* sarebbe da riconoscere per l'epoca più risalente anche agli Etruschi. Tralascio questioni così particolari e passo invece direttamente al tardo Isidoro che nelle *etymologiae* rende il rapporto tra *ius* e *lex* secondo lo schema retorico del *genus* e la *species*, dove il primo è *genus* rispetto alla *species* del secondo. L'erudito aggiunge però che si dice *ius* anche per ciò che è 'giusto', accettando così la lezione dell'Ulpiano giustiniano che afferma *ius* derivare da *iustitia*:

Isid. *etym.* 5.3.1: [1] *Ius generale nomen est, lex autem iuris est species. Ius autem dictum, quia iustum [est].*

Nel mezzo, ciò che può aver determinato un salto di qualità così evidente, può essere stato solo l'ellenismo greco-romano. Mi fermo solo un momento. È un luogo comune non privo di plausibilità che *iustitia* debba derivare da *ius*. Ritorno su questo punto; ma già Antonio Fabro cercò di risolvere la presunta aporia di Ulpiano giocando sul rapporto tra causa ed effetto: se il *ius* è ciò che è buono ed equo e, come si dice generalmente, esso è un sinonimo di legge, *non ius a iustitia est appellatum, sed iustitia potius a iure*; ergo, solo in astratto *ius* sarebbe causa di *iustitia*, solo in concreto *ius* sarebbe effetto di *iustitia*⁹³.

⁹¹ Macr. *adv. nat.* 2.68. Traggio da Piccaluga 2004, 93 e nt. 35.

⁹² Gli animali da sacrificare erano aspersi di vino e della *mola salsa* preparata dalle Vestali. Gli *exta* erano invece la parte spettante al dio, ossia: fegato, polmoni, fiele, cuore (per Plin. *n.h.* 11.186, solo dal 260 a.C.), epiploon (omento), che venivano prelevati e infilzati nello spiedo (*verum*) o posti *in olla*. Cfr. Dumézil 2001, 477 e *passim*.

⁹³ Fabro 1631, 1: "Ius a iustitia appellatum l. l in princ. Ius, inquam cui operam dant, iurisprudentiam profitentur, & a quo ipsa etiam iurisprudentia appellatur, quodque Ulp. noster diffinit esse artem boni & aequi. Alioquin si ius intelligas id ipsum quod bonum et aequum est, aut ut generalius loquar, legibus consentaneum, non ius a iustitia est appellatum, sed iustitia potius a iure, si vera est iustitiae definitio a Iustin. tradita initius huius tituli, in illis verbis ius suum cuique

La storia tuttavia potrebbe dare ragione a Ulpiano quando in D. 1.1.1 scrive che *nomen iuris [...] est autem a iustitia appellatum*. Una conferma di questa ipotesi potrebbe venire infatti dal *iustitium*. Vediamo brevemente.

8. *Iustitium*

Secondo Antoine Meillet il significato del vocabolo neutro *iustitium* sarebbe ‘vacanza di tribunale’ perché composto da *ius* + *stitium* (da *stō*); come *sol-stitium* = ‘arresto del sole’ e in italiano armistizio = ‘arresto delle armi’, cioè ‘sospensione della guerra’⁹⁴. La cosa non è passata inosservata perché Willard Quine in una lettera datata 17 dicembre 1992 indirizzata ad Amartya Sen gli comunica questa stranezza etimologica e il premio Nobel discutendo sull’ aforisma di John Rawls di una “giustizia come equità” conclude affermando che si tratta di due cose diverse⁹⁵.

A dire il vero per questo bastava già citare Giuseppe Capograssi per il quale *si dovrebbe escludere tassativamente che la giustizia sia un valore giuridico, un valore del diritto*⁹⁶. Ma non è neanche questo il punto. Il filosofo italiano Giorgio Agamben recentemente ha ravvisato nell’antico istituto romano del *iustitium* l’archetipo dello “stato d’eccezione”⁹⁷, una forma di anomia o sospensione della legge che avrebbe dato forma a un non-luogo in cui avrebbe agito la pura “forza di legge senza legge” di chi governava (vd. ad esempio la liquidazione dei *catilinarii*⁹⁸). Il *iustitium* in effetti fu una misura molto particolare del diritto roma-

tribuendi. In summa, potest ius considerari dupliciter. In abstracto, ut ita dicam, quatenus causa est iustitiae. In concreto quatenus est effectus iustitiae, sive accipiatur, pro ea ipsa re quae iusta est, sive pro arte & scientia quae doceat facere iusta. Concreta autem denominationem sumunt ab abstractis, non abstracta a concretis. *l. 1. §. 1. D. de pact. ubi non dissimiliter idem Ulp. pactum a pactione dictum scribit*”.

⁹⁴ Ernout-Meillet 2001, 329: “*iustitium* n.: vacance des tribunaux, arrêt de la justice; cf. *solstitium* et *stō*”. Va segnalato che Ernout e Meillet, *Dictionnaire*, cit., p. 653 scrivono: “*iustitium*: suspension des tribunaux, vacation légale (à ne pas confondre avec *iustitia* dérivé de *iustus*). Ma così cadono nella contraddizione di Benveniste su cui vd. *supra* per cui, da un lato, *ius* sarebbe una parola senza derivati; dall’altro, avrebbe generato l’aggettivo *iustus*. Evidentemente anche i grandissimi linguisti francesi hanno postulato apoditticamente una derivazione semantica di *iustitia* da *ius*, senza considerare la possibilità che *ius* (come “norma giusta”, “diritto”) possa essere derivato da *iustitia* (= “legalità senza intervento giudiziale”), allargando il suo spettro semantico in origine non comprensivo anche della connotazione di giustizia”.

⁹⁵ Cfr. Sen 2010, 85.

⁹⁶ Opocher 1991, 32.

⁹⁷ Nissen 1877, 105 ss. Cfr. sul tema anche Masi Doria 2015, 17–21, in part. 21.

⁹⁸ Su questo celebre episodio – che vide protagonista il console Cicerone la notte del 5 dicembre del 63 a.C. quando ordinò a dei sicari l’esecuzione per strangolamento senza processo e con il solo consenso del Senato nel carcere Mamertino di cinque tra i più eminenti *catilinarii* – cfr. Meier 1995, 89 s. Altro celebre episodio da ricondurre al *iustitium* è l’uccisione di Tiberio Gracco da parte di Scipione Nasica che Cicerone non a caso commenta dicendo che l’uccisore agì

no perché permetteva al Senato (in caso di concreto pericolo per la Repubblica) di abolire il divieto posto dalla *Lex Sempronia* di mettere a morte un cittadino romano senza ricorso a un giudizio popolare⁹⁹.

Il romanista Giuseppe Garofalo, facendo riferimento ad Aulo Gellio e in aperta polemica con Agamben ha invece sostenuto che il *iustitium* non avrebbe avuto l'effetto di sospendere il diritto in ogni sua manifestazione, bensì solo le attività giuridiche per le quali fosse prevista la partecipazione di un organo pubblico e, dunque, in primo luogo, il processo civile e la repressione criminale¹⁰⁰. Non voglio entrare nel merito di una questione che andrebbe approfondita. Sta di fatto che l'antiquario Gellio parla del *iustitium* con riferimento a una norma delle XII tavole (Tab. III.1) per cui prima di procedere alla *manus iniectio* si dava un termine di 30 giorni (definito *iustos velut quoddam iustitium*) per consentirgli di pagare o approntare una difesa: durante questo tempo si sospendeva il processo esecutivo¹⁰¹. Il giurista Gaio parla di un termine dilatorio di 30 giorni anche con riferimento alle *legis actiones per conductionem e per iudicis arbitrive postulationem*¹⁰². Questa prassi però si osservava anche nel diritto pubblico per i *iura fetialium*, per approvare le leggi e per nominare i magistrati¹⁰³; di fronte al pericolo di una guerra civile¹⁰⁴, in occasione di una pesante sconfitta dell'esercito¹⁰⁵, per il funerale di un uomo illustre o di un componente della famiglia imperiale¹⁰⁶. Per me la questione si chiarisce leggendo Pomponio — che in D. 1.2.2.5 parla della *disputatio fori* qualificandola come un esercizio di *ius civile* — secondo la prospettiva interpretativa recentemente indicata dal Kofanov¹⁰⁷:

D. 1.2.2.5 (Pomp. *l.s. ench.*): His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam “necessarium” esse disputationem “disputationem” fori. Haec dispu-

come se fosse stato un console (*Tusc.* 4.23.51). Sempre Cicerone sull'assassinio dei seguaci di Caio Gracco da parte di Opimio in ottemperanza di un *senatus consultum ultimum* lo definisce (direi non a caso) *infinita quaestio* (*de or.* 2.3.134).

⁹⁹ Agamben 2003, 55–67.

¹⁰⁰ Garofalo 2008, 61–83.

¹⁰¹ Gell. 20.1.42–47.

¹⁰² Gai. 4.18 e 15.

¹⁰³ Dion. 2.72.8; Macr. *sat.* 1.16.34.

¹⁰⁴ Cic. *Phil.* 5.12; *har. resp.* 26.

¹⁰⁵ Liv. 3.27.2; 7.28.3; 10.21.2.

¹⁰⁶ Gran. *Lic.* p. 33,3; Suet. *Tib.* 52.1; Tac. *ann.* 1.16.2; 2.82.3.

¹⁰⁷ Kofanov 2013, 73–90. Su questa strada già Corbino 2000, 182.

tatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.

In Pomponio si vede bene come la *disputatio fori* fosse uno spazio di attività dove i giuristi potevano esercitare il loro sapere a favore della comunità. Questa prassi, che si svolgeva nel foro, fu inaugurata per chiarire come dovesse applicarsi la legge decemvirale. Essa è dunque prospettata dal giurista adrianeo come una pratica tradizionale e molto antica.

Ecco allora in che modo il *ius* come *ars boni et aequi* può essere concepito come effetto di una *iustitia* intesa al modo del *iustitium* come “sospensione” del processo (che può essere inteso anche come regolamento di un uso legalizzato della forza) o come interruzione di un’attività giuridica (Charis, *gramm.* p. 33, 16b: *iustitium, quando ius stat*)¹⁰⁸. Per sublime paradosso si potrebbe dire che nella storia dell’affermazione della giustizia (*iustitium* o *iustus* come dice Gellio) nel processo romano e nell’esperienza giuridica in genere il concreto (la soluzione del caso di specie come *ius*) sia stato preceduto dall’astratto (il *iustitium* come un “vuoto di legge” e quindi come uno spazio di sperimentazione del “giusto” fuori dal dominio della legge o della forza che è da questa sostenuta). Possiamo rifarci a Cicerone (*top.* 91): *nam iudici finis est ius, ex quo etiam nomen*; e dunque come hanno scritto Ulpiano e Isidoro: *nomen iuris [...] est autem a iustitia appellatum*; ovvero *ius quia iustum*. Questa lettura riflette un modo di pensare aristotelico perché lo Stagirita in *de part. anim.* I 645b14-20 afferma che “non è il segare [...] ad esistere in funzione della sega, ma è la sega ad esistere in funzione del segare [...]: il segare è quel determinato uso (collegato a quella determinata forma) della sega senza del quale essa non sarebbe ciò che è”. Vale a dire: non è il “fare giustizia” ad esistere in funzione del *ius*, ma è il *ius* ad esistere in funzione del “fare giustizia”; il “fare giustizia” è quel determinato uso (collegato a quella determinata forma o idea) del *ius* senza del quale il *ius* non sarebbe ciò che è¹⁰⁹.

9. *L'uso di eleganter in D. 1.1.1.pr. (Ulp. 1 inst.)*

Vengo adesso all’ultima parte della mia relazione dove vorrei tentare una rilettura di D. 1.1.1.pr.-1 in chiave di un’estetica del diritto. Le fonti si riducono e la discussione diventa necessariamente più complessa ma l’importanza del processo romano come *ius* e dunque in un senso allargato (ma sempre coerente) anche come *ars boni et aequi* alla fine della sua storia potrebbe non esaurirsi soltanto in

¹⁰⁸ Piccaluga 2004, 98.

¹⁰⁹ Palumbo 2005, 144.

una rappresentazione di come la scienza giuridica romana abbia saputo emancipare la legge per la gestione dei rapporti sociali da un uso solo pragmatico della forza. Ancora tutto da chiarire è per me il significato di *ius* come *ars* (*empiria*, *techne*, *technè* come *systema*, *scientia* o cosa?) che aprirebbe scenari molto affascinanti nella direzione di un'estetica del diritto una volta che fossimo disposti a rinunciare all'idea romantica dell'arte come luogo separato da ogni altro e auto-referenziale, deputato soltanto ed esclusivamente a produrre bellezza.

Il concetto antico (platonico) di arte come imitazione (*mimesis*) mette quindi in luce, e in modo inaggrabile, il suo carattere di eteronomia, cioè la sua attitudine a fondersi per *anánke* (cioè necessità¹¹⁰) con altre dimensioni dello spirito che appartengono al mondo della morale, della religione, della politica, dell'economia, della retorica e io aggiungerei anche del diritto¹¹¹.

Vorrei partire anzitutto da un dato formale. Per farlo occorre ritornare all'esordio ulpiano del primo titolo del primo libro dei *Digesta* giustinianeî denominato appunto *De iustitia et iure* che come si è visto dà ancora molto da discutere agli studiosi¹¹². È necessario rileggerlo:

D. 1.1.1.pr.-1 (Ulp. 1 *institutionum*): pr. Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes¹¹³.

L'eminente romanista Filippo Gallo ha definito il *ius* (come "diritto" in senso oggettivo¹¹⁴) dell'aforisma di Celso figlio *species* del genere di *ars*¹¹⁵. Similmente Isidoro, perfettamente collocato nella scia di Ulpiano circa la presunta

¹¹⁰ Per "necessità" si deve qui intendere non il senso di "costrizione" come quando agisce il fato, bensì (vd. Arist. *Met.* 1064b,30) "ciò che si usa nelle dimostrazioni logiche", ossia ciò che tiene insieme l'argomentazione logica.

¹¹¹ Così senza fare riferimento al diritto Carchia 1999, VII.

¹¹² Per la sostanziale genuinità del frammento in questione v. Falcone 2004, 43 ss.; Gallo 1988, 619 ss.

¹¹³ Sul problema della *vera philosophia* in Ulpiano v. almeno U. von Lübtow, *De iustitia et iure*, in *ZSS.* 66, 1948, p. 458 ss.; Burdese 1970–1973, 103 ss.; Waldstein 1978, 213 ss.; Id. 1994, 31 ss.; Id. 1995, 608 ss.; Shermaier 1993, 303 ss.; Manthe 1997, 12 ss.; Falcone 2004, 43 ss.; Marotta 2007, 563 ss.; Nörr 2007, 521 ss.; Falcone 2007, 353 ss.; Gallo 2009, 85 ss.

¹¹⁴ Gallo 1987, 21, 22.

¹¹⁵ Ivi, p. 24, 28, 29, 30.

paretimologia di *ius* da *iustitia*¹¹⁶, dice di *lex* come *species* di *ius*¹¹⁷. Giuseppe Falcone ha ritenuto che l'intento specifico di Ulpiano sia stato non di affermare che la scienza giuridica sia filosofia, ma che l'*ars iuris* dei giuristi romani fosse *vera philosophia*¹¹⁸. Valerio Marotta pur concedendo che Ulpiano abbia "utilizzato idee e nozioni elaborate, più di altri, da Cicerone"¹¹⁹, colloca per scansione letterale, stile e andamento complessivo del testo, l'intero frammento nel mondo delle esercitazioni declamatorie e delle scuole di retorica di cui sono esempi Apuleio e in parte di Tertulliano¹²⁰. Nessuno infine dubita della sua sostanziale genuinità.

Queste indicazioni tornano utili perché Ulpiano sarebbe allora un esponente rappresentativo dello stile moderno del suo tempo, paratattico, anaforico, capace di giocare con i parallelismi e le figure di suono¹²¹. In questo quadro (lasciando da parte il resto) come si dovrebbe considerare allora l'uso della parola *elegant*? Si tratta di una ridondanza tipica di un'epoca di decadenza della retorica giuridica, ormai lontana dal modello quintiliano della semplicità stilistica dei giuristi romani spinta fino all'eccesso¹²²? O è uno stilema dalla precisa significazione? E, se sì, quale?

La circostanza che nel Digesto giustiniano *elegant* compaia prevalentemente in frammenti estratti da opere di Ulpiano (per almeno quaranta volte) e riferito a giuristi precedenti (Labeone, Pedio, Aristone, Celso, Giuliano, Pomponio, Cervidio Scevola¹²³) fa pensare che questo giudizio estetico riguardasse un periodo particolare della giurisprudenza romana (forse quello della prima

¹¹⁶ Marotta 2007, 564 la definisce un'inversione etimologica come Schiavone 2003, 7; Id. 2005, 363. Ma già Frezza 1983, 417 parla di un rapporto etimologico capovolto.

¹¹⁷ Isid. *etym.* 5.3.1: [1] *Ius generale nomen est, lex autem iuris est species. Ius autem dictum, quia iustum [est].* Per un elenco di fonti (non tecniche) in cui ritorna la derivazione di *ius* da *iustitia* v. Marotta 2007, 573 ss.: Amm. Marc. 30.40.9–10: *iudicum fidem; quorum nomen ex iustitia natum est*; Ambr. *fid.* 5.2.29: *Numquid veritas vero minor est, cum secundum adpellationem nominum verus plerumque a veritate dicitur, sapiens a sapientia, iustus a iustitia?*; Ps. Aug. *Solut.* 38.30; Aug. *de civ. Dei* 19.21; 2.21. Per riferimenti ciceroniani inquadrabili in tale prospettiva v. ancora Marotta 2007, 576.

¹¹⁸ Falcone 2004, 49 e nt. 8.

¹¹⁹ Marotta 2007, 572 e nt. 48.

¹²⁰ Ivi, p. 572.

¹²¹ Tac. *dial.* 16–24. Marotta 2007, 572, nt. 49. Secondo Marotta sarebbe interprete di uno stile conforme all'idea difesa da Apro nel *Dialogus de oratoribus* di Tacito (*dial.* 5,4). Dunque un'*ars rhetorica* ragguardevole, di sicuro prestigio e utile per fare carriera nelle gerarchie di potere del giovane impero. Su questo si v. Cavarzere 2000, 225.

¹²² Quint. 5.14.34; 11.2.41. Per tutti Schulz 1949, 72, nt. 66.

¹²³ Sciascia 1948, 376 ss.

età imperiale caratterizzato dalla contrapposizione dei giuristi romani in scuole). Il riscontro di *elegantior* sempre per sottolineare soluzioni particolarmente brillanti e perspicue¹²⁴ fa pensare, d'altra parte, che Ulpiano abbia apprezzato in particolare la capacità di ciascun giurista ritenuto meritevole dell'appellativo di aver trovato una soluzione particolarmente innovativa rispetto all'opinione consolidata (dunque per aver svolto un'attività ermeneutica di tipo anomalista¹²⁵). Per il momento direi quindi che l'uso della parola *elegantior* da parte di Ulpiano non sia un'insignificante ridondanza stilistica (retorica) posta per enfatizzare un passato additato a modello. Piuttosto, potrebbe essere un effetto del tipo di evoluzione che caratterizzò la retorica e la cultura giuridica romana durante i primi due secoli dell'impero.

10. *Estetica del diritto romano*

A questo punto il problema diventa tentare di capire come, attraverso anche la bellezza, il giurista romano poteva arrivare alla vera conoscenza. Si aprirebbero degli scenari interessanti nella direzione di un'estetica del diritto una volta che fossimo disposti come si diceva prima a rinunciare all'idea romantica (costruita dall'idealismo tedesco) dell'arte come di un luogo separato da ogni altro e autoreferenziale, deputato soltanto a generare bellezza¹²⁶. Valga per tutti la definizione di arte di Benedetto Croce come "intuizione" che, come si vede, salva la sostanza epistemica del concetto latino di *ars* trasmesso dal pensiero stoico epurandolo però da ogni implicazione di natura gnoseologica¹²⁷.

Per l'idea di scienza elaborata dall'ellenismo greco-romano le cose stavano diversamente. Il bello e il giusto (e quindi anche il *ius* che doveva tendere al giusto) per la concezione antica di arte erano facce della stessa medaglia. Lo si vede in Diogene Laerzio che stacca una citazione dall'opera *Del bello* di Crisippo:

Diog. Laert. VII.128: "Il diritto esiste per natura, non per convenzione; così anche la legge e la retta ragione, come sostiene Crisippo nell'opera *Del bello*"¹²⁸.

Sulla poetica dell'imitazione si cimentò Cicerone¹²⁹, ma si cimentarono anche i giuristi romani se è vero che elaborarono un metodo (appunto l'*ars hermenēumatis*) per cercare una verità nel diritto che fosse conforme alla natura

¹²⁴ Ivi, p. 392.

¹²⁵ Mi sia permesso rinviare a Sacchi 2016a, 381–426 e Sacchi 2016b, 91–112.

¹²⁶ Seguo Carchia 1999, VII–X. Ma si v. anche Croce 1966a, 254, nt. 1.

¹²⁷ Croce 1966b, 6.

¹²⁸ Trad. it. Gigante 1976, 287.

¹²⁹ Cic. *Orat.* 2.8–11.

(vd. la polemica tra analogisti e anomalisti¹³⁰). Questa tipologia di mimesi applicata alla retorica e al diritto non presumeva che l'arte avesse come suo fine solo la generazione *della* bellezza, ma come dice Platone era sufficiente che questa si generasse *nella* bellezza: "l'amore non è *per* il bello come si pensa, ma per la generazione e per il parto *nel* bello":

Plato *Simposio* 206d-e: "Le cose che si trovano su un piano privo di proporzione non è possibile che si generino, il bello invece è armonico. Moira dunque e Ilizia sono la bellezza per la generazione. Perciò quando il gravido si tiene vicino al bello, è sereno, pieno di letizia, si rallegra, partorisce e genera, ma trattenendo la gravidanza sopporta a fatica. Di qui deriva in chi è in stato di gravidanza ed è pregno quell'incontenibile ardore per il bello, [206e] perché solleva dalle grandi doglie chi lo possiede. L'amore dunque, Socrate, non è per il bello come tu pensi", disse. "Ma per cosa dunque?", "Per la generazione e per il parto nel bello".

Per la poetica dell'imitazione, un'opera si poteva dire riuscita quando questa aveva sì, una sua coerenza formale; ma anche quando questa fosse adatta a un uso non solamente artistico come in senso moderno (ossia solo ludico, patico o edonistico), ma anche funzionale (o utile) da un punto di vista culturale, religioso, economico, etico, e io aggiungerei anche giuridico. Quando Cicerone nel *Brutus* descrive in che modo Servio Sulpicio Rufo si rendeva migliore di ogni altro nella sua attività di giurista (esercitando appunto l'*ars hermenēumatis*) lo fa utilizzando le stesse parole che nell'*Orator* impiega per descrivere il retore migliore:

Cic. *Brutus* 41,152: Hic Brutus: ain tu? inquit: etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existimo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. [153] Hic enim adtulit hanc artem omnium artium maxumam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur.

Cic. *Orat.* 1.4.16: nec vero sine philosophorum disciplina genus et speciem cuiusque rei cernere neque eam definiendo explicare nec tribuere in partis possumus nec iudicare quae vera quae falsa sint neque cernere consequentia, repugnantia videre, ambigua distinguere.

Sono fonti note. Il retore apprezza l'uso della dialettica che contempla diairesi, *explicatio*, *definitio*, *interpretatio* e discernimento del vero dal falso. Non solo, a distanza di pochi mesi, Cicerone ritorna ancora sull'*ars* di Servio defi-

¹³⁰ Mi sia permesso rinviare ancora a Sacchi 2016a, 381–426 e Sacchi 2016b, 91–112.

nendola nella nona Filippica superiore a tutti sia nell'interpretazione delle leggi (*in legibus interpretandis*) che in *aequitate explicanda scientia*¹³¹; e, come si vede nel *Brutus* (42.153), l'arte di Servio è descritta, lo ripeto ancora, come *una luce che illumina* quei concetti che prima di lui erano stati trattati confusamente dagli altri, sia nei consulti legali (*respondere*) che nelle cause di tribunale (*agere*). Ritorna quindi la metafora della luce. Dò un solo dato: luminosità e splendore sono i contrassegni della bellezza in Omero (*Ilias* 22,311–323) e in modo analogo *aequitas* per Cicerone è una luce che risplende di forza propria¹³². Nella stessa scia, l'anonimo retore autore *Del sublime* (per Pohlenz evidentemente suggestionato dalla dottrina di Posidonio¹³³) riconosce ancora nelle parole del Genesi “E Iddio disse: “Sia la luce”. E la luce fu” (una citazione di cui il Mutschmann ha provato la genuinità¹³⁴) l'espressione più alta della onnipotenza divina¹³⁵. La stessa immagine ritorna nella *Legal metafisica* di Vico basata sull'equiparazione del vero con l'equo¹³⁶. Ma si può ritornare al primo libro del Digesto di Giustiniano dove come abbiamo visto Paolo afferma che uno dei molti modi di dire il *ius* è quando è *ius naturale*, ossia *aequum et bonum*¹³⁷. Niente quindi di più radicalmente lontano dall'impostazione dei sofisti di tutte le scuole per cui la legge di natura non aveva alcuna validità¹³⁸.

Ecco allora cosa si può intendere per un'estetica del diritto dei giuristi romani. La buona mimesi per gli antichi riusciva a generare *nella* bellezza e quando questo capitava era capace di aderire veramente al paradigma fino a scomparire in esso. Ciò accadeva quando l'artista o il saggio artefice generavano parte-

¹³¹ Cic. *Phil.* 9.5.10: *Nec vero silebitur admirabilis quaedam et incredibilis ac paene divina eius in legibus interpretandis, aequitate explicanda scientia. Omnes ex omni aetate, qui in hac civitate intelligentiam iuris habuerunt, si unum in locum conferantur, cum Ser. Sulpicio non sint comparandi. Nec enim ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit.*

¹³² Cic. *de off.* 1,30: *aequitas lucet ipsa per se.*

¹³³ Pohlenz 2005, 513.

¹³⁴ Ivi, p. 513, nt. 20.

¹³⁵ Ivi, p. 513.

¹³⁶ *SN* 1730 CVIII: “Il Vero delle leggi è un certo lume, e splendore, di che ne illumina la Ragion naturale; come spesso i Giureconsulti, ed anco i volgari latini scrittori dal secolo di Augusto in poi in ragionando del giusto, usano dire *verum est*, per *aequum est*”. Cito da Vico 2004, 119. Si vd. anche *SSN* 1744 CXIII [324 p. 115]: “Il vero delle leggi è un certo lume e splendore che illumina la ragione naturale; onde spesso i giureconsulti usano dire ‘*verum est*’ per ‘*aequum est*’”. Uso qui Vico 1953, indicata con *SSN*, l'anno di edizione dell'opera vichiana, la numerazione di Vico, il capoverso e la pagina dell'edizione di Nicolini.

¹³⁷ D. 1.1.11.

¹³⁸ McIlwain 1990, 51.

cipazione (la *metessi* platonica)¹³⁹. Ancora oggi questo accade con l'Antigone di Sofocle, ma pensiamo al convincimento che portava i giuristi romani ad elaborare una *regula iuris* che diventava norma condivisa. Anzi, quando questa riusciva a farsi apprezzare per un carattere di novità rispetto alla dottrina consolidata (in senso dunque anomalista) essa veniva particolarmente apprezzata e uno dei modi più diffusi, di cui ha fatto uso come dicono le fonti prevalentemente Ulpiano, fu di manifestare tale apprezzamento con l'avverbio *eleganter* che rispondeva a una valutazione di tipo estetico come ha dimostrato lo studioso brasiliano Gaetano Sciascia, di cui si è detto prima, ravvisando nelle *elegantiae iuris* addirittura dei topoi giuridici¹⁴⁰.

Vediamo un poco più da vicino. Tutte le volte che Ulpiano usa *eleganter* — e insieme a lui almeno: Gaio in D. 2.2.4 (1 *ad ed. prov.*); Pomponio in D. 32.85 (2 *ad Q. Mucium*); e Marciano in D. 15.1.40.pr. (5 *regul.*)¹⁴¹ — lo fa in relazione a figure che adempiono “nelle dottrine giuridiche alla stessa funzione che il diritto speciale svolge rispetto al diritto comune nella legislazione. Sono categorie storiche di costruzioni scientifiche che sorgono come eccezioni, come belle deviazioni concettuali e poi si diffondono, dilagano, si impongono in modo generale”¹⁴². Ancora “[...] le *elegantiae* restano. [...] l'eccezione è accolta, modifica la regola, diventa così congrua rispetto al principio modificato che la sua *elegantia* acquista il significato moderno di armonia, di rispondenza perfetta”¹⁴³.

Sembrirebbe quindi che per Ulpiano un modo per arrivare alla bellezza nell'esercizio dell'*ars* giuridica fosse l'uso del metodo ermeneutico in modo anomalista¹⁴⁴. Questo non significa esaltare a tutti i costi la novità rispetto alla ragione consolidata, perché una soluzione ben fatta e conforme ai principi dell'ordinamento può essere altrettanto bella, ma sottolineare il pregio di un metodo che può portare a trovare una soluzione mai proposta prima che s'impone per la sua evidente efficacia e incontestabilità.

Per un vero filosofo solo dalla verità poteva (e può) scaturire il *thaumazein* che è quella meraviglia che può suscitare anche la bellezza. È in questo che si

¹³⁹ Carchia 1999, X che cita Blumemberg 1987.

¹⁴⁰ Sciascia 1948, 375–392. Sul tema v. anche Philonenko 1956, 515–526; Bona 1973, 129 per cui *eleganter* sarebbe una parola preferita di Ulpiano (*Lieblingswort*); Hausmaninger 1976, 389 s.; Honorè 1982, 80 e nt. 714; Stolfi 2001, 9, nt. 38; Id. 2002, 119 ss. Sull'*elegantia* dei giuristi romani si v. Radin 1930, 311 ss.; Stein 1961, 242 ss.; Schulz 1968, 106, nt. 6 ritiene che *eleganter* sia usato dai giuristi romani nel significato di “chiaro e scelto, ma alieno dal retorico e dal patetico”.

¹⁴¹ Per maggiori dettagli Sciascia 1948, 386–391.

¹⁴² Sciascia 1948, 392.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Si v. *retro* in nt. 126.

giocava (e si gioca) la differenza tra la vera e la falsa filosofia, tra la vera e la falsa scienza. La presenza di *eleganter* nelle fonti giuridiche romane dimostra che i giuristi romani non solo provavano *thaumazein* tutte le volte in cui riuscivano nelle loro speculazioni a raggiungere risultati degni di rilievo, ossia manifestare la chiarezza e la perspicuità delle loro idee (e questo è ovvio); ma ci tenevano a sottolinearlo. Meno scontato è valutare in che misura ne avessero coscienza, ma questo dipende dalla consapevolezza che ciascun giurista aveva sul livello di scientificità della sua *ars*.

Un'imitazione che fosse solo un artificio e che pretendesse di sostituirsi all'originale era ritenuta invece solo un simulacro. Ciò accadeva in filosofia con i sofisti che come dice Platone nel *Sofista* perdevano il loro tempo intorno al non essere¹⁴⁵ (come i giochetti sofistici di Carneade che possono fare presa solo su chi non voglia capire) e capita ancora oggi ad esempio con l'arringa di Porzia nel IV atto del *Mercante di Venezia* di Shakespeare dove non si celebra un processo, ma appunto un suo simulacro perché lo *sparagmòs* di Antonio e l'intrinseca illiceità del *condicional bond* di Shylock, vengono sacrificati per dare enfasi "artistica" ad argomentazioni cervelotiche di uno pseudo-giurista (che il genio di Shakespeare rappresenta peraltro, come tutti sanno, con Porzia travestita da famoso giureconsulto)¹⁴⁶.

11. *L'elegantia del ius come ricerca del bello e del buono*

Come l'artista riuscisse ad arrivare al bello è ben spiegato ancora da Cicerone che nell'*Orator* illustra ai suoi lettori l'arte di Fidia. Plasmando le figure di Giove o Minerva il celebre scultore non aveva un modello da cui trarre le somiglianze, ma nella sua immaginazione trovava con l'intuizione un eccelso ideale di bellezza nella cui estatica contemplazione e alla cui somiglianza rivolgeva la sua mano creatrice¹⁴⁷.

Ecco dunque la differenza tra il mero imitatore e il saggio artefice ellenistico; tra il giurista di rango e il tecnocrate, tra chi applicava soltanto la legge in modo pragmatico e cavilloso (usandola come mera *techne*) e chi la interpretava elevando la sua *techne* ("scientificamente organizzata") al livello di un'*ars*.

A conclusioni non dissimili ci porta la considerazione del *bonum*. Per il rapporto dell'artista col *bonum* dobbiamo risalire a Pitagora perché i pitagorici trovavano nella bellezza una dimensione di libertà che l'avvicinava al bene. Lo spiega Filolao (V sec. a.C.) che formulò un'idea di bellezza come rivelazione di ordine,

¹⁴⁵ Plato, *Soph.* 237a–254a citato adesivamente in Arist. *Met.* 1064b,29.

¹⁴⁶ Si tratta di un topos antico su cui s'interrogarono già fra gli altri Aulo Gellio 22.1.41 ed Hegel 2010, 24 s. Cfr. ora Auden 2006, 125–137; Cavallone 2016, 126–130; 255–260.

¹⁴⁷ Cic. *Orat.* 2.9: *nec vero ille artifex cum faceret Iovis formam aut Minervae, contemplabatur aliquem e quo similitudinem duceret, sed ipsius in mente insidebat species pulchritudinis eximia quaedam, quam intuens in eaque defixus ad illius similitudinem artem et manum dirigebat.*

di proporzione (o analogia) e di armonia¹⁴⁸. In un *kosmos* che altrimenti restava assoggettato solo al caso e all'entropia, l'artista, innamorato della bellezza del mondo, poteva allora trasformare la sua esperienza di ricerca nell'immagine stessa del bene a condizione però che possedesse la chiave dell'armonia.

Per i pitagorici la mimesi artistica era insomma partecipazione e consenso all'ordine del mondo o *kosmos*, in questo senso allora la contemplazione del bello e la sua imitazione artistica diventavano operazioni di "giustizia" in senso tecnico. In aggiunta dobbiamo tener conto di due preziose indicazioni ancora di Diogene Laertio. Nella prima viene riportata una definizione genericamente attribuita al pensiero stoico dove si vede bene che per questa tradizione giustizia è *species* del bello:

Diog. Laert. VII.100: "Del bello le specie sono quattro: giustizia, forza, ordine e scienza: infatti è nell'ambito di queste cose che che si compiono le azioni belle"¹⁴⁹.

La seconda testimonianza è ancora più esplicita:

Diog. Laert. VII.101: "Per gli Stoici solo il bello è buono: così infatti sostengono Ecatone nel terzo libro *Dei beni* e Crisippo nell'opera *Del bello*. Tale è la virtù e ciò che partecipa della virtù, ciò che equivale ad affermare che ogni bene è bello e che il termine 'bello' ha lo stesso significato del termine 'bene', perché l'uno è uguale all'altro. In quanto è bene è bello; ma è bello, dunque è anche bene"¹⁵⁰.

Ecco come si potrebbe giustificare allora l'inclusione anche del giurista tra coloro che potevano diventare artisti o "saggi artefici" del buono e del bello. Per un'ulteriore conferma forse sono sufficienti ancora due testimonianze tratte dalle *Leggi* di Platone. Nella prima il filosofo afferma:

Plato *Leggi* 667c: "anche all'apprendimento si accompagna una certa gioia, e cioè il piacere, ma il suo valore, la sua utilità, e ciò che in esso è bello e buono, gli deriva compiutamente dalla verità"¹⁵¹.

Nella seconda ai tragedi che chiedono di rappresentare le loro opere nella una costituenda colonia cretese dei Magneti, i nomoteti rispondono:

Plato *Leggi* 817b: "Ospiti nobilissimi, noi stessi siamo poeti di una tragedia che, nei limiti del possibile, è la più bella e la più nobile: tutta la nostra costituzione politica si è formata sull'imitazione della vita più bella e più

¹⁴⁸ Filol. frgm 6: "Le cose che non sono né di uguale specie né di uguale natura né di uguale livello, hanno bisogno di essere chiuse insieme sotto chiave da un'armonia capace di mantenerle in un ordine universale".

¹⁴⁹ Trad. it. Gigante 1976, 89.

¹⁵⁰ Ibid., 89 s.

¹⁵¹ La trad. it. è di Pegone 2005, 369.

nobile, e in questo noi diciamo che consiste in realtà la tragedia più vera.

Poeti siete voi, poeti lo siamo anche noi, poeti della stessa materia, vostri rivali nell'arte, vostri antagonisti nel comporre il dramma più bello che soltanto la vera legge può per natura compiere, come noi ora speriamo"¹⁵².

Ecco cosa può aver voluto dire per me Ulpiano quando afferma in D. 1.1.1.1 che i giuristi romani, da sacerdoti del diritto, dovevano aspirare ad una "vera e non apparente filosofia" nell'esercizio della loro disciplina scientifica consistente nella ricerca del *ius* come *ars* del buono e dell'equo. *Mutatis mutandis* dice qualcosa di analogo Cicerone nel passo dell'*Orator* con cui chiudo questa mia relazione:

Cic. *Orator* 4.14: *Nam nec latius atque copiosius de magnis variisque rebus sine philosophia potest quisquam dicere.*

Elenco bibliografico

1. *Agamben G.* 2003: *Stato di eccezione: Homo sacer II.I.* Bollati Boringhieri, Torino.
2. *Arangio Ruiz V.* 1957: *Storia del diritto romano.* 7^a ed., Jovene, Napoli.
3. *Auden W.H.* 2006: *Lezioni su Shakespeare.* Adelphi, Milano.
4. *Barcellona M.* 1996: *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria.* Giapichelli, Torino.
5. *Biffi N.* 2008: *Ermodoro di Efeso e le leggi romane (Strabo 14,1,25 C642) // Classica et Christiana.* 3, 9–24.
6. *Biscardi A.* 1982: *Diritto greco antico.* Giuffrè, Milano.
7. *Biscardi A., Cantarella E.* 1974: *Profilo di diritto greco antico.* Milano.
8. *Blumemberg H.* 1987: *La realtà in cui viviamo (1981).* Feltrinelli, Milano.
9. *Bona F.* 1973: *Studi sulla società consensuale in diritto romano.* Giuffrè, Milano.
10. *Borges J.L.* 2015: *Ragnarök (1960) // Libro di sogni.* Adelphi, Milano.
11. *Bretone M.* 1998: *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura.* Laterza, Roma, Bari.
12. *Bretone M.* 2005: *Storia del diritto romano.* 16^a ed., Laterza, Roma, Bari.
13. *Bretone M.* 2008: *Ius controversum nella giurisprudenza classica // Atti della Accademia Nazionale dei Lincei, CDV, Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche, Memorie, Serie IX, volume XXII, fascicolo 3.* Roma, 755–879.
14. *Burdese A.* 1970–1973: *Sul concetto di giustizia nel diritto romano // Annali di storia del diritto.* 14, 103 ss.
15. *Cantarella E.* 2004: *Diritto romano e diritti orientali. Da 'Black Athena' a 'Black Gaius': recenti ipotesi sulle origini e caratteristiche del diritto romano // Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio.* Milano.

¹⁵² La trad. it. e di Pegone 2005, 369.

16. *Carchia G.* 1999: L'estetica antica. Editori Laterza, Roma, Bari.
17. *Cascione C.* 2012: Rec. a M. Bretonne, Ius controversum nella giurisprudenza classica // ZSS. 129, 703–711.
18. *Cascione C.* 2013: Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana II. Diritto tardoantico // C. Cascione, C. Masi Doria (a cura di), Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche. Satura, Napoli, 65–167.
19. *Casini P.* 1975: La Natura. Mondadori, Milano.
20. *Catalano P.* 1987: sv. ius // Enciclopedia Virgiliana, III. Roma, 68.
21. *Catalano P.* 2001: Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1.1.12 // Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca, II. Jovene, Napoli, 104 ss.
22. *Cavallone B.* 2016: La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo. Adelphi, Milano.
23. *Cavarzere A.* 2000: Oratoria a Roma. Storia di un genere pragmatico. Roma.
24. *Chiodi G.M.* 2000: Equità. La regola costitutiva del diritto. Giappichelli, Torino 2000.
25. *Corbino A.* 2000: Nota minima in margine ai valori di "ius" // Au-deà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz, I. Liber, Varsovie.
26. *Cornell T.J.* 1995: The Beginnings of Rome. Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars (c. 1000–264 BC.). London.
27. *Costa E.* 1968: Il diritto privato nelle commedie di Plauto, rist. anast. 1890. Roma.
28. *Croce B.* 1966a: Intorno all'unità delle arti // Problemi di estetica e contributi alla storia dell'estetica italiana. Laterza & Figli, Bari.
29. *Croce B.* 1966b, L'intuizione e il carattere lirico dell'arte // Problemi di estetica cit., 3–30.
30. *D'Ippolito F.* 1988: Le XII Tavole: il testo e la politica // Storia di Roma 1. Roma in Italia. Einaudi, Torino, 397–425.
31. *d'Ippolito F.M.* 2003: Problemi storico-esegetici delle XII tavole. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
32. *d'Ippolito F.M.* 2014: Poesia e diritto // Politica, cultura, diritto nel mondo romano. Scritti ultimi. Satura, Napoli, 119–132.
33. *Detienne M.* 2008: I maestri di verità nella Grecia arcaica. Laterza, Roma, Bari.
34. *Dumézil G.* 2001: La religione romana arcaica con un'appendice sulla religione degli Etruschi. Rizzoli, Milano.
35. *Ernout A., Meillet A.* 2001: Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots. 4^a ed., Paris.

36. *Fabro A.* 1631: Iuriprudentiae Papinianae scientia ad ordinem Institutionum Imperialium eformata, Petrum & Iacobum Chouët, Coloniae Allobrogium.
37. *Falcone G.* 1988: Ius suum cuique tribuere // Studi in onore di Remo Martini, I. Giuffrè, Milano, 971 ss.
38. *Falcone G.* 2004: La ‘vera philosophia’ dei ‘sacerdotes iuris’. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1) // Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo, 49 (anche sul web).
39. *Falcone G.* 2007: Iuris praecepta, vera philosophia, iuris prudentia. Metodi di ricerca // SDHI. 73, 353 ss.
40. *Gallo F.* 1987: Sulla definizione celsina del diritto // SDHI. 53, 7–52.
41. *Gallo F.* 1988: Diritto e giustizia nel I titolo del Digesto // SDHI. 54, 619 ss.
42. *Gallo F.* 2005: Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica // Diritto&Storia. 4, 1–24.
43. *Gallo F.* 2009: La ‘verità’: valore sotteso alla definizione celsina del diritto // A. Trisciunglio (a cura di), Valori e principii del diritto romano. Atti della giornata di studi per i 100 anni di S. Romano. Napoli, 85 ss.
44. *Garofalo L.* 2008: In tema di ‘iustitium’ // Piccoli scritti di diritto penale romano. Cedam, Padova, 61–83.
45. *Giancotti F.* 1994a: Introduzione // Tito Lucrezio Caro, La natura. BUR, Milano.
46. *Giancotti F.* 1994b: // Tito Lucrezio Caro, La natura. BUR, Milano.
47. *Giaro T.* 1995: Echtheitsindizien. Eine fallstudie zu ‘verus’, ‘verius’, ‘verissimus’ // OIR. 1, 78 ss.
48. *Giaro T.* 2013: Verità fattuale e verità normativa nell’argomentazione dei giuristi romani // Quid est veritas?, cit. (v. Cascione 2013), 359–380.
49. *Gigante M.* 1976: (a cura di), Diogene Laertio, Vite dei filosofi, I–II. Laterza, Roma, Bari.
50. *Glück F.* 1888: Commentario alle Pandette, I, tr. C. Ferrini. Dott. Leonardo Vallardi Edit., Milano.
51. *Harris E.M.* 2004: Le rôle de l’epieikeia dans les tribunaux athéniens // RD. 82, 1–13.
52. *Hausmaninger H.* 1976: Publius Iuventius Celsus. Persönlichkeit und juristische Argumentation // ANRW. II.15, Berlin, New York, 389 s.
53. *Hegel G.W.F.* 2010: Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio (con le aggiunte di Eduard Gans), a cura di Giuliano Marini. 6^a ed., Laterza, Roma, Bari.
54. *Isnardi Parente M.* 1991: Filosofia e scienza nel pensiero ellenistico, Morano, Napoli (= Filosofi e scienziati in età ellenistica // Rivista di Storia della Filosofia, XLII, 1987).
55. *Honorè T.* 1982: Ulpian. Oxford.
56. *Kipling R.* 2016: The Naulahka: A Story of West and East. BiblioBazaar, Charleston.

57. *Klink F.* 2007: Rec. a P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, Le radici comuni del diritto europeo, 2005 // GPR. 4.
58. *Kofanov L.* 2014: Il ruolo dei *responsa* dei giuristi nella disputatio forensis // L. Vacca (a cura di), Casistica e Giurisprudenza, Convegno ARISTEC, Roma 22–23 febbraio 2013. Jovene Editore, Napoli, 73–90.
59. *Latte K.* 1920: Heiliges Recht: Untersuchungen zur Geschichte der Sakralen Rechtsformen in Griechenland. Mohr, Tübingen.
60. *Mancaleoni F.* 1921: L'evoluzione regressiva degli istituti giuridici // Studi Sassaresi, 2^aser.1, 1 ss.
61. *Manthe U.* 1997: Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes II. Stoische Würdigkeit und die iuris praecepta Ulpiani // ZSS. 114, 12 ss.
62. *Marotta V.* 2007: Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano // D. Mantovani, A. Schiavone (a cura di), Testi e problemi del giusnaturalismo romano. IUS Press, Pavia, 563–601.
63. *Marx K.* 1954: Forme che precedono la produzione capitalistica (= Formen die der kapitalistischen Produktion vorhergehen. Über den Prozess, der Bildung der Kapitalverhältnisse oder der ursprünglichen Akkumulation vorhergeht // Id., Grundrisse der Kritik der politischen Oekonomie (Rohentwurf) 1857–1858. Berlin rist. 1953).
64. *Masi Doria C.* 2013: Linee per una storia della 'veritas' nell'esperienza giuridica romana I. Dalle basi culturali al diritto classico // Quid est veritas?, cit. (v. Cascione 2013), 1–64.
65. *Masi Doria C.* 2015: "Salus populi suprema lex esto". Modelli costituzionali e prassi del 'Notstandsrecht' nella "res publica" romana // Poteri magistrature processi nell'esperienza costituzionale romana (2008). Jovene, Napoli, 1–21.
66. *McIlwain C.H.* 1990: La concezione antica della Costituzione // Costituzionalismo antico e moderno (1947), a cura di N. Matteucci. Il Mulino, Bologna.
67. *Meier C.* 1995: Cesare. Impotenza e onnipotenza di un dittatore. Tre profili biografici. Einaudi, Torino.
68. *Meier C.* 2011: Cultura, libertà e democrazia. Alle origini dell'Europa, l'antica Grecia. Garzanti, Milano.
69. *Mercogliano F.* 2007: Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo // *Fundamenta*. Napoli.
70. *Miglietta M.* 2010: 'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana, 91 (sul web).
71. *Miglietta M.* 2013: 'Est vir qui adest' // Quid est veritas?, cit. (v. Cascione 2013), 277–358.
72. *Monateri P.G.* 2000: Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition // Hastings Law Journal. LI.3, 479 ss.

73. *Monateri P.G.* 2005: *Gaio nero* // Monateri P.G., Giaro T., Somma A., *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*. Carocci, Roma, 19–76 (= *Gaio nero. Una ricerca sulle origini multiculturali della 'Tradizione Giuridica Occidentale'* (versione pdf) // “*The Cardozo Electronic Law Bulletin*” (www.jus.unitn.it/cardozo/Review/home.html)).
74. *Nissen A.* 1877: *Das iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*. Gebhardt, Leipzig.
75. *Nocera G.* 1976: “*Reddere ius*”. Saggio di una storia dell’amministrazione della giustizia in Roma. Bulzoni, Roma.
76. *Nörr D.* 2007: *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico sociali in Giulio Paolo* // *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (v. Marotta 2007), 521–561.
77. *Odifreddi P.* 2013: *Come stanno le cose. Il mio Lucrezio, la mia Venere*. Rizzoli, Milano.
78. *Opocher E.* 1991: *La filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*. Napoli.
79. *Pacitti A.* 1967: (a cura di) *Marco Tullio Cicerone, L’invenzione retorica*. Mondadori, Milano.
80. *Palma A.* 2006: *Giustizia e senso comune*. Giappichelli, Torino.
81. *Palumbo L.* 2005: *Trentadue ore di filosofia antica*. Loffredo, Napoli.
82. *Paoli U.E.* 1933: *Studi sul processo attico*. Cedam, Padova.
83. *Pasquali G.* 1968: *Summum ius summa iniuria* // *Pagine stravaganti*, 2. Firenze.
84. *Pegone E.* 2005: *Platone, Le opere, V*, a cura di E.V. Maltese. 2^a ed., Newton Compton, Roma.
85. *Peppe L.* 2006: *Riflessioni sulla nozione di ‘iustitia’ nella tradizione giuridica europea* // *Diritto&Storia*. 17, 1–8 (sul web).
86. *Philonenko M.* 1956: *Elegantia* // *Studi in onore di Pietro De Francisci*, II. Giuffrè, Milano, 515–526.
87. *Piccaluga G.* 2004: *Ius: la prospettiva giuridico-alimentare* // *Ilu. Revistas de Ciencias de las Religiones Anejos*, XII, 92.
88. *Pohlenz M.* 2005: *La Stoa. Storia di un movimento spirituale*. Bompiani, Milano.
89. *Quadri G.* 1974: *I tragici greci e l’estetica della giustizia*, *La Nuova Italia*. 2^a ed., Firenze.
90. *Radin M.* 1930: *Eleganter* // *Law Quarterly Review*. 46, 311 ss.
91. *Robin L.* 1982: *Storia del pensiero greco* (= *La pensée grecque et les origines de l’esprit scientifique*, 1951). 2^a ed., Einaudi, Torino.
92. *Rotondi G.* 1990: *Leges publicae populi Romani*. OLMS, Hildesheim, Zürich, New York.
93. *Ruggiero R.* 2010: *Il sogno nel cassetto del giurista. “Ius controversum” in una recente memoria lineea* // *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 40.1. Bologna, 261 ss.
94. *Sacchi O.* 2011: “*Verum quia aequum*”. *L’equità come paradigma del vero giuridico nella retorica antica, nei giuristi romani e nella ‘filosofia del diritto*

- to' di G.B. Vico // *L'etica dell'equità e l'equità dell'etica*, 4.2. L'Era di Antigone. Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche della Seconda Università degli Studi di Napoli. FrancoAngeli Editore, Milano, 9–54.
95. *Sacchi O.* 2013: Modelli di verità in diritto (procedurale) greco e romano. Una spettrografia per l'attuale // *Atti del VII Seminario Internazionale su "Diritto romano e attualità"* in onore di Hans Hankum, *La terminologia giuridica nel diritto processuale romano e moderno: la decisione giudiziaria e sua esecuzione*, Praga, 3–5 ottobre 2011. Praha, 57–105.
96. *Sacchi O.* 2014: *Ius pluribus modis dicitur*. Per una genealogia della nozione di diritto come giustizia // *La forza del diritto, il diritto della forza* 7. L'Era di Antigone. Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli. FrancoAngeli Editore, Milano, 72–141.
97. *Sacchi O.* 2016a: *L'ars hermenēumatis dei giuristi romani tra propensione analogista e anomalista nel diritto*, 381–426.
98. *Sacchi O.* 2016b: Dalla 'regula' come ordine all'ordine come regola. Analogisti e anomalisti alla ricerca del 'vero' nel metodo scientifico: qualche riflessione a margine del *De architectura* di Vitruvio // *Scholion*. Stiftung Bibliothek Werner Oechslin, 10. Colmena Verlag, Basel, 91–112.
99. *Santucci G.* 2007: *La scienza Gaia e la strana idea del diritto romano non romano* // *Europa e diritto romano*. 4, 1057 ss.
100. *Satta S.* 1994: *Il diritto, questo sconosciuto* // *Il mistero del processo*. Milano, 123–127.
101. *Schiavone A.* 2003: *Giuristi e principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi* // *SDHI*. 69, 7 ss.
102. *Schiavone A.* 2005: *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*. Einaudi, Torino.
103. *Schipani S.* 2005: (ed.), *Iustiniani Augusti Digesta seu pandectae*, II. Giuffrè, Milano.
104. *Schulz F.* 1949: *I principi del diritto romano*, tr. it. V. Arangio Ruiz. Firenze.
105. *Schulz F.* 1968: *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. Guglielmo Nocera. Firenze.
106. *Sciascia G.* 1948: *Elegantiae iuris* // *BIDR*. n.s. voll. IX e XI = LI e LII, 372–392.
107. *Sen A.K.* 2010: *L'idea di giustizia*. Mondadori, Milano.
108. *Senzasono L.* 1996: *Eraclito e la legge* // *Gerion*. 14, 53–75.
109. *Shermaier M.J.* 1993: *Ulpian als "wahrer Philosoph"*. Notizien zum Selbstverständnis eines römischen Juristen // *Ars boni et aequi*. Festschrift für W. Waldstein. Stuttgart, 303 ss.
110. *Stein P.* 1961: *Elegance in Law* // *Law Quarterly Review*. 77, 242 ss.
111. *Stolfi E.* 2001: *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le 'sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano* // *Rivista di diritto romano*. I, 1–50.

112. *Stolfi E.* 2002: Sui 'libri ad edictum' di Pomponio, I, Trasmissione e fonti. Led, Milano.
113. *Stolfi E.* 2007: La genealogia il potere l'oblio, l'inattuale e l'antico. A proposito di alcune recenti pubblicazioni [prima parte] // Studi Senesi. 119, 521 ss.
114. *Stroux J.* 1929: Summum ius summa iniuria, ein Kapitel aus der geschichte der interpretatio iuris, versione italiana curata da G. Funaioli // Atti del Seminario Giuridico di Palermo, XII. Palermo.
115. *Tonelli A.* 2009: (a cura di), Eraclito, Dell'origine. 4^a ed., Milano.
116. *Tuori K.* 2007: Ancient Roman Lawyers and Modern Legal Ideals. Studies on the Impact of Contemporary Concerns in the Interpretation of Ancient Roman Legal History. Klostermann, Frankfurt am Main.
117. *Vico G.* 1953: La Scienza nuova Seconda giusta l'edizione del 1744 con le varianti dell'edizione del 1730 e di due redazioni intermedie inedite, in due voll. (I = parte prima, libri I–II; II = parte seconda, libri III–IV e Appendice). 4^a ed., a cura di Fausto Nicolini Laterza, Bari.
118. *Vico G.* 2004: La Scienza nuova 1730, a cura di Paolo Cristofolini. Alfredo Guida. Napoli.
119. *Vitiello V.* 1997: Filosofia teoretica. Le domande fondamentali: percorsi e interpretazioni. Bruno Mondadori, Milano.
120. *von Lübtow U.* 1948: De iustitia et iure // ZSS. 66, 458 ss.
121. *Waldstein W.* 1978: Zu Ulpian's Definition der Gerechtigkeit (D. 1,1,10 pr.) // Festschrift für W. Flume. Köln, 213 ss.
122. *Waldstein W.* 1994: Römische Rechtswissenschaft und wahre Philosophie // Index. 22, 31 ss.
123. *Waldstein W.* 1995: Zum Problem der vera philosophia bei Ulpian. Amsterdam, 608 ss.
124. *Zuccotti F.* 2004: Tutti i colori di Gaio // RDR. IV, 43 ss. (anche sul web).

О. САККИ

**«IUDICI FINIS EST IUS,
EX QUO ETIAM NOMEN»
(CIC. TOP. 91): НЕКОТОРЫЕ МЫСЛИ
О СУДЕБНОМ ПРОЦЕССЕ КАК IUS
И О D. 1.1.1.PR.-1 (ULP. 1 INST.)**

РЕЗЮМЕ

В статье предлагаются некоторые рассуждения по поводу известнейшего и хорошо исследованного фрагмента из Ульпиана в D. 1.1.1.pr.-1 (*Ulp. 1 inst.*), в частности: а) по определению Цельса сына понятия «*ius*» как *ars boni et aequi*; б) об использовании Ульпианом слова «*elegant*» в отношении определения Цельса; в) о проблеме псевдоэтимологии слова «*ius*» как производного от слова «*iustitia*»; д) о сути «истинной философии». Все это оценивается с учетом того, что между различными значениями слова «*ius*» в римском правовом опыте (на базе подробного списка «Комментариев к Пандектам» Глюка) выделяется употребление термина «*ius*» в значении судебного процесса и что само понятие «*ius*» был продуктом сложной исторической стратификации, уже вполне

завершенной в эпоху Северов. Эта многозначность термина может отражать историческую трансформацию архаического процесса (греческого и римского) из «инструмента для разрешения спора» (теория «кризиса») в место (для римского правового опыта) апбробирования *iustum* (начиная со средней/поздней республики). С этой точки зрения древний институт *iustitium* как прекращение юридической деятельности (*Charis*, грамм. р. 33, 16: *iustitiae*, когда *ius stat*) мог бы быть включен в этимологию, приведенную в D. 1.1.1 с учетом данных в *Arist. De part. anim.* 645b14-20. Во второй части статьи рассматривается возможность того, что благодаря римским юристам классического периода эстетика правосудия древнегреческих трагедий была преобразована в эстетику права.