

VINCENZO GIUFFRÈ

MOMENTI DELLA «IURIS SCIENTIA»

Per la coscienza del giurista moderno

Scritti emigrati

FUNDACIÓN SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
«URSICINO ÁLVAREZ»

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2015

ÍNDICE

| | Pág. |
|---|------|
| <i>Laudatio</i> de Vincenzo Giuffrè, <i>por Juan Iglesias Redondo</i> | 11 |
| L'autore raccontato da se stesso, <i>por Vincenzo Giuffrè</i> | 17 |
| Prefazione | 39 |

I

IURISPRUDENTES: VARIAE HISTORIAE

| | |
|--|-----|
| 1. I «veteres» e la tutela del 'mio' | 45 |
| 2. «Gestum» e «leges mancipio dictae»..... | 67 |
| 3. La traccia di Quinto Mucio | 77 |
| 4. Servio e le azioni del «bonorum emptor» | 155 |
| 5. La «bonorum cessio» del «decoctor»..... | 205 |
| Qualche precisazione | 205 |
| Altre precisazioni | 205 |
| 6. I giuristi e la nuova repressione criminale | 237 |
| 7. Retorica «iudiciale genus» e torsioni del diritto..... | 273 |
| 8. Epicureismo e vicende costituzionali a Roma | 289 |
| A proposito del principato di Augusto | 289 |
| 9. Il giurista e l'uomo politico | 373 |
| 10. Escogitazioni di «iuris consulti» e reazioni del «senatus» | 395 |
| Una anticritica | 395 |

ÍNDICE

| | Pág. |
|--|------|
| 11. La «militia» nell'ottica dei giuristi | 439 |
| 12. La costruzione del «quasi» nullo | 485 |
| 13. Un sintomatico neologismo | 495 |
| 14. L'autorità della parola del giurista: Papiniano..... | 513 |

II

IMPERIUM ROMANUM: HISTORIA ALTERA

| | |
|---|-----|
| 15. Scoliasti, quei misconosciuti | 553 |
| 16. L'imbarazzo dei compilatori teodosiani tra «leges» e «tractatus prudentium» | 587 |
| 17. «Legum vel iuris confusio» | 647 |
| 18. Dall'«imprimatur» alle opere dei giuristi alla riserva d'interpretazione autentica..... | 657 |
| 19. Le griglie espositive dei classici e la compilazione giustiniana..... | 681 |

III

DUAE NOTATIONES EXTRAORDINARIAE

| | |
|--|-----|
| 20. «Regulae iuris»: strumenti argomentativi, precetti giuridici, bagaglio culturale | 697 |
| 21. Una occasione mancata: i diritti congeniti dell'uomo derivanti dalla «hominum dignitas»..... | 715 |
| Indice analitico dei principali argomenti..... | 763 |

LAUDATIO DE VINCENZO GIUFFRÈ

por

Juan Iglesias Redondo
Universidad Complutense de Madrid

Excelentísimos señores decanos del Colegio Notarial de Madrid, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, y de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Federico II de Nápoles,

Queridos profesores Ankum y Giuffrè,

Señoras y señores:

Mis primeras palabras no pueden sino reflejar el sentimiento de pesar, ya expresado por Javier Paricio, con motivo de los fallecimientos de Ángel Martínez Sarrión, Juan Churruca y Jaime Roset. Tres destacados juristas, tres personalidades distintas, tres vacíos insustituibles.

Con los dos primeros tuve un escaso contacto personal. Sus muchos méritos les hicieron acreedores de los premios que hoy se entregan. Con Jaime Roset, una relación cuasifraternal. Su sencillez, su injustificado sentido de la autocrítica, su alejamiento de cualquier manifestación de «autobombo», no pueden ocultar, sin embargo, la trascendencia de su importante y decisiva labor en el Departamento de Derecho romano de la Universidad Complutense y en la Fundación Ursicino Álvarez.

Discípulo muy predilecto de nuestro común maestro, hombre de enorme cultura y saberes romanísticos, su extraordinaria generosidad le hizo atesorar siempre para los demás. La realidad contrastada de las cosas, y no solo el afec-

to, me mueven a decir que, de cuantas personas he podido conocer en nuestro complejo mundo universitario, pocas, como Jaime Roset, nos han legado mayor y mejor lección de caballerosidad, renuncia personal y probada lealtad.

Palabras, ahora, de gratitud al Colegio Notarial de Madrid, y a su decano y profesor de nuestra Facultad, don Ignacio Solís, por acogernos una vez más en esta ilustre casa.

Tengo para mí que los premios no los prestigian tanto quienes los conceden como aquellos a quienes se conceden. Porque en los tiempos que corren, «*cosas veredes*, Sancho», que dijera Don Quijote, es lo cierto que todo no es siempre lo que parece.

Es lo cierto, queridos amigos, que nuestra época, un tanto asentada sobre arenas movedizas, se muestra propicia a premiar cosas como éstas: la originalidad copiada, la inteligencia de alfombra roja, la ocurrencia momentánea, el funambulismo ideológico... o, en último término, la alquimia política.

Mas, no es el caso. No son los casos de quienes reciben hoy y aquí los Premios de la Fundación Ursicino Álvarez. Los profesores Hans Ankum y Vincenzo Giuffrè han dedicado toda una vida al estudio y la enseñanza del Derecho romano.

Como se ha recordado en ocasiones anteriores, el Patronato de la Fundación quiere premiar dos cosas: una primera, que atañe a la persona; otra segunda, que guarda relación con su obra.

Se quiere distinguir a personas que, tras larga trayectoria, hayan procedido conforme a lo que exige un cierto modo de entender el «humanismo», con lo que me refiero a virtudes tan romanas como la *fides*, la *honestitas*, la *moderatio*, o el *decorum*. Junto a lo dicho, se trata también de premiar una vida dedicada al estudio e investigación provechosos en el ámbito romanístico, entendido éste sin límites asfixiantes del propio concepto.

Hoy la Fundación «Ursicino Álvarez» se siente muy honrada al conceder sus premios a dos maestros que ocupan primerísimos puestos en el actual escenario romanístico. Sobre lo ya dicho, como siempre de forma sabia por Javier Paricio, acerca del significado de la vida y obra de Hans Ankum, no debo pronunciarme salvo para manifestar mi adhesión a todas y cada una de sus palabras. También, y como es natural, para expresarle al profesor Ankum mi más sincera y cordial felicitación por el reconocimiento al que se ha hecho acreedor.

Dicho lo anterior, debo proceder ahora a realizar la *laudatio* del profesor Vincenzo Giuffrè. Y comenzaré confesando que carezco de cualquier mérito para llevarla a cabo. Si, como creo, el profesor Giuffrè brilla con fuerte luz propia en el universo romanístico, no es menos cierto que quien les habla apenas podrá ser observado sino a través de gran y potente telescopio.

Lo dicho, y a pesar de la responsabilidad que asumo, no ha impedido que aceptara muy gustoso y honrado el ofrecimiento que me hiciera el presidente de nuestra Fundación para dirigirme ahora a ustedes.

Adelanto que mi afecto y admiración hacia el profesor Giuffrè hunden sus raíces en tiempos que se perciben ya como lejanos. Es cierto que he gozado del privilegio, y como tal reservado a unos pocos, de haber escuchado multitud de relatos sobre tales o cuales cosas en punto a la romanística del siglo XX; relatos que tantas veces, a modo de confesión privada, me hiciera mi padre y maestro en la intimidad de su despacho, de su «huerto frailuisino», como a él le gustaba decir.

En tal ambiente, y no siendo yo más que un imberbe profesor ayudante, me fueron descubiertas algunas claves para un primer acercamiento con inmenso respeto a un mundo que percibía un tanto inextricable e inalcanzable. Comenzaron a sonarme como familiares los nombres de una larga lista de singulares romanistas. Pero, a decir verdad, algo especial había en los gestos y palabras de mi padre cuando me hablaba de Antonio Guarino y de su joven discípulo, pero ya consagrado profesor, Vincenzo Giuffrè. Fue por entonces cuando, tras conocerle personalmente con ocasión de una de sus visitas a Madrid, nacieron en mí el afecto a la persona y la admiración por la obra del profesor Giuffrè.

Sobre el juicio que le merecían a mi maestro ciertos romanistas, entre los que ocupaba un lugar muy primero nuestro hoy y aquí homenajeado, baste con que reproduzca el siguiente pasaje: «Poco puede la inteligencia sola. Mucho puede la imaginativa. Mucho puede, sobre todo, el don divino de la adivinación —*il dono divino dello storico*—, que diría Albertario, ese que sólo poseen los espíritus afectivos, los espíritus cordiales. Nada como eso permite acercarse, aproximarse, a ese mundo majestuoso, preñado de soledad, que es la historia».

El profesor Vincenzo Giuffrè nació en Nocera en el año 1940. Concluida la *maturità classica* en 1958, por la que obtuvo el Premio *De Lorenzo*, prosiguió sus estudios en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Federico II de Nápoles. Habiendo sido «alumno interno» del *Istituto di Diritto romano*, se licenció en 1962 con la máxima calificación y reconocimiento que otorgan las universidades italianas.

Profesor *assistente*, en 1966 obtuvo la *libera docenza* por «méritos especiales» en Instituciones de Derecho romano. Tras ejercer como profesor encargado de curso y profesor titular, accedió a la cátedra en 1980. A lo largo de un dilatado periodo de tiempo ha enseñado todas las disciplinas romanísticas propias de las Facultades de Jurisprudencia italianas. Asimismo, ha impartido docencia sobre Fundamentos del Derecho europeo en la Escuela de especialización forense de las Universidades de Nápoles, Camerino, Salerno, Campobasso y Suor Orsola Benincasa.

Abogado administrativista, obtuvo la máxima calificación en los exámenes para el ejercicio de la abogacía ante la Corte de Apelación de Nápoles. Por su contribución a «una mejor comprensión de las relaciones de amistad entre los pueblos del mundo», ha sido distinguido por el Rotary International con la mención «Paul Harris Fellow».

Académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, es socio de las Academias Pontaniana de Nápoles e Histórico-jurídica constantiniana de Perugia, así como de la Asociación Internacional para la Investigación Histórico-jurídica y Comparada.

Quedaría en deuda con el profesor Giuffrè si concluyera esta parte de mi intervención sin hacer una muy afectuosa mención a su impagable dedicación y extraordinaria labor, antes y durante su dirección, en la revista *Labeo*, cuya incomprendida desaparición dejó un hueco insustituible en el ámbito de las revistas romanísticas.

En la actualidad, el profesor Giuffrè es titular de la I Cátedra de Instituciones de Derecho romano en la Universidad Federico II de Nápoles, e imparte asimismo docencia en la también napolitana Universidad «Suor Orsola Benincasa».

Si cuanto hasta aquí se ha dicho pone a las claras los muchos y relevantes méritos acumulados durante toda una vida dedicada a la enseñanza del Derecho, no otra cosa sucede si nos adentramos en los territorios de su larga, profunda y brillante obra escrita.

Vincenzo Giuffrè posee una mente inquieta, diría «bulliente». A sus dotes naturales, contribuyó desde muy joven su excelente formación en el Liceo, donde bien aconsejado se inició en la lectura crítica de cuanto pudiera contribuir a su maduración. Ya en la Universidad, las lecciones de grandes maestros, junto a una metodología basada en la «formación» antes que en la «información», característica de las Facultades de Jurisprudencia italianas, pusieron los cimientos sobre los que iría edificando su *curriculum* docente e investigador.

Su pronta admisión en el Instituto de Derecho romano de la Universidad de Nápoles, le permitió entrar en contacto con un elenco de maestros verdaderamente excepcionales: Francesco de Martino, Antonio Guarino y Mario Lauria. Para describir el ambiente de aquellos tiempos, baste traer aquí lo dicho por su maestro, y recordado en ocasión anterior por Javier Paricio: «En aquella época mágica (luego dejaría de serlo) —escribió Guarino—, el Instituto de Derecho romano de Nápoles era una comunidad, una comunión feliz de maestros y discípulos: no existían repartos personales, ni subgrupos, ni rivalidades, ni envidias, ni otras miserias del género, tan abundantes en el mundo universitario».

La obra escrita de Giuffrè discurre por diversos «territorios». Su mera enunciación excedería del limitado tiempo de esta *Laudatio*. Autor de un largo nú-

mero de títulos, entre los que hay lugar para tratados, monografías, colecciones de escritos, artículos, ensayos, voces de enciclopedias, reseñas críticas, ediciones comentadas de fuentes, y otros escritos no romanísticos, me limitaré a dar solo unas breves pinceladas.

Ya desde su pronta monografía, en 1965, sobre la utilización de los actos jurídicos mediante conversión en Derecho romano, merecedora de la mejor crítica, y que vino a colmar una señalada laguna en la literatura romanística, muestra Giuffrè lo que será piedra angular de todos sus trabajos: un fino y extraordinario juicio crítico que siempre le acompañará en un incesante ir y venir, en un constante viajar entre los eslabones de la historia, mas sin perder de vista que no todo tiene un valor sempiterno. O por mejor decirlo, y con sus propias palabras, que «la continuidad a veces se parte y la recuperación se vuelve artificiosa y contraproducente».

Ejemplo de lo dicho es, asimismo, su trabajo de 1989, que lleva por título *La datio mutui. Prospettive romane e moderne*. Su investigación viene a poner de relieve que la simple entrega en mutuo careció originariamente de sanción jurídica, por lo que la obligación de restitución venía asegurada mediante oportuno contrato estipulatorio, generándose así las dudas de si la obligación nacía de la propia entrega (es decir, de un contrato real) o si, por el contrario, surgía de las palabras (es decir, de un contrato verbal). Cuestión ésta que no deja de tener relevancia en nuestros días, pudiendo cuestionarse si han acertado aquellas legislaciones modernas que se han aferrado al concepto romano de contrato real, renunciando a regular el mutuo como contrato de financiación, es decir como promesa de mutuo.

Especial atracción ha suscitado en el profesor Giuffrè un tema, al que la romanística ha prestado escasísima atención, a pesar de su indudable trascendencia en la historia romana: me refiero a los *propria atque singularia iura* de los militares. En páginas correspondientes a cuatro monografías y numerosos artículos, nos ofrece un completo y detallado cuadro —desde los orígenes hasta Justiniano—, acerca de la relevancia que llegaron a tener los asuntos militares en la historia política y jurídica romanas. El minucioso estudio de la evolución de la institución militar, de su consolidación como un cuerpo progresivamente separado de la vida civil, así como de su ordenamiento interno, que nunca obedeció a una rígida formulación jurídica sino antes bien a exigencias prácticas, son importantes contribuciones del Giuffrè para la comprensión de un fenómeno ciertamente complejo en el ámbito de las concretas relaciones político-institucionales. Reflexiones éstas que, por lo demás, pueden ser muy útiles en nuestro tiempo.

En 2007, publica un libro de deliciosa lectura: *Il bisogno del diritto. Momenti dell'esperienza romanistica*. Siempre en la línea de indagar sobre la experiencia antigua sin prescindir de la moderna, se enfrenta a un tema siempre trascendente, cual es el de preguntarse cómo se dio respuesta en la experiencia romana

a la necesidad del derecho de acuerdo con lo socialmente percibido. A la vista de lo dicho en algunos fragmentos jurisprudenciales, Giuffrè se plantea si a los juristas romanos les preocupaba el impacto del Derecho en la opinión pública, advirtiéndole que, en los ordenamientos modernos, los juristas, ocupados por la construcción dogmática, han dejado tal cuestión en manos de los sociólogos. Por lo demás, entiende, muy acertadamente, que la investigación debe ser profundizada y extendida también a las fuentes literarias.

Concluyo. Y lo haré refiriéndome al juicio que han merecido algunos de los escritos del profesor Giuffrè aquí, sumariamente comentados, y que se resume en las siguientes palabras de su ilustre maestro: «No me cansaré nunca de decirlo: es de páginas como éstas de las que están necesitados los estudiantes de Derecho de nuestros días, a fin de que se interesen por el Derecho romano y obtengan el conveniente provecho».

Y diré más: sólo el acercamiento de las investigaciones romanísticas a los juristas modernos, haciéndolas por ellos comprensibles, junto a una enseñanza del Derecho romano acomodada a los tiempos que corren, harán que nuestra disciplina no se hunda, y ya de manera irremediable, en el océano siempre agitado de las reformas universitarias. Pero, si así fuere, nada de esto le podremos recriminar al profesor Giuffrè, antes bien, decirle:

HOMINES EX CULTURA IURIDICA FRATRES.

Muchas gracias.

L'AUTORE RACCONTATO DA SE STESSO

por
Vincenzo Giuffrè

Sono stato fortunato. La mia famiglia d'origine, per tradizione di medici, provinciale, mi ha permesso di secondare la inclinazione per gli studi classici, e di optare per la Facoltà di Giurisprudenza nell'Ateneo di Napoli. La famiglia che ho formato con mia moglie Teresa mi ha consentito poi di dedicarmi alla ricerca ed alla docenza, pur consapevole che «non danno (molto) pane».

Sono stato fortunato perché, nelle scuole preuniversitarie ed all'Università ho avuto insegnanti tutti di primissimo ordine, e fascinosi.

Il professore Antonio Guarino, che mi aveva seguito come «allievo interno» dell'Istituto di diritto romano sin dal primo anno di corso, è stato anche il relatore della mia dissertazione per l'esame di laurea. Così venni accolto nella «grande famiglia dei romanisti».

La mia vita s'è svolta per la maggior parte nel «secolo breve» da poco trascorso. Secolo breve, si sa, significa che nel XX si sono susseguite a ritmo accelerato tante vicende da farlo apparire nella percezione collettiva infe-

riore ai cent'anni. Le vicende hanno riguardato pure la ricostruzione storiografica del diritto che ha costituito oggetto prevalente del mio interesse e del mio mestiere.

Qualcuno, più propenso alla vita tranquilla, può averlo considerato uno svantaggio. Io l'ho considerato un vantaggio. Infatti, durante la formazione e maturazione, i miei interessi sono stati sollecitati dai momenti molteplici dello studio del diritto romano.

Accanto alle esegesi filologiche delle fonti antiche e alla rilevazione della loro trasmissione testuale, di cui un campione a Napoli era stato Siro Solazzi, si affermava lo studio di quel diritto per corroborare la costruzione della teoria generale del diritto, a cui si dedicò per lungo tempo il Guarino.

Ma altri studiosi distillavano dalle fonti antiche lo «spirito» che aveva animato il diritto romano. Un saggio di siffatte ricerche è costituito dall'aureo volumetto di Juan Iglesias, presentato nella traduzione in italiano proprio dal mio Maestro, il quale l'assimilò al *Geist jheringhiano* ed ai *Prinzipien* di Fritz Schulz.

Si andava poi sperimentando l'applicazione all'antico del materialismo storico di derivazione marxiana: metodo, questo, non incontestato, che Francesco De Martino usò da par suo nella ricostruzione delle vicende della costituzione romana.

La importanza per la storiografia giusromanistica delle così dette «fonti letterarie» accanto a quelle tecniche veniva esaltata dal Lauria, che ne aveva una conoscenza smisurata.

Fra i più giovani studiosi si manifestava una attenzione nuova per gli esponenti della giurisprudenza, di cui si ricostruivano le biografie, le ideologie e le tecniche che, a seconda di tempi ed ambienti, avevano informato e materiato il «pensiero», il «sapere giuridico» romano. Esemplare in questo campo il lavoro, a Napoli, in particolare di Mario Bretone e Francesco Paolo Casavola, che, chissà, andavano anche inconsapevolmente analizzando pure l'*ubi consistam* della funzione nella società del loro essere giuristi e storici.

Più di recente si è sviluppato l'indirizzo di cui è alto esponente Lucio De Giovanni. Esso va alle «radici» della «nuova storia» del diritto, indagando «istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo Tardoantico» (questo il titolo di un suo recente trattato).

Più tardi ancora, dagli anni Novanta, su suggestione di aree culturali tedesche è stata prospettata la possibilità che la tradizione romanistica la quale informa gli ordinamenti privatistici dei Paesi dell'Europa continentale potesse presiedere, mercé una doppia comparazione (sincronica e diacronica), alla edificazione di un nuovo «*ius commune Europaeum*». E mi fermo qui.

C'era di che smarrirsi.

Ogni vicenda mi ha incuriosito, ed ho tentato di cimentarmi con essa. Eclettico il metodo che mi andavo formando? Forse sì. Ma è, poi, errato un consapevole e moderato eclettismo?

Per debito di gratitudine, devo aggiungere che fra le letture propedeutiche, a cui mi detti di testa mia in vista

della scelta della facoltà, capitò di imbartermi nella confessione di quel grande della «dotta Germania» dell'Ottocento che fu Rudolf von Jhering: «Io ho l'infelice abitudine – scrisse – di fare paragoni fra tutto quanto mi accade di osservare: fra le cose mie e le altrui, fra il presente ed il passato». Il suo *Serio e faceto nella giurisprudenza* ha segnato il mio modo di avvicinarmi al diritto, al diritto romano.

A riguardo della indagine critica delle fonti, ero propenso all'«anticritica», forse per pigrizia, forse perché influenzato dai *defensores fidei*. Ma, nell'elaborare la mia prima monografia, edita nel 1965, sulla conversione degli atti nulli regolata nell'art. 1424 del codice civile italiano ispirato dall'esperienza romana (un tema bettiano), apprezzai l'utilità dell'*Index interpolationum*, come delle raccolte di parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazioni o di glossemi. Specie queste ultime costituivano un tentativo, per così dire, di rendere più agevole, «scientifica», ed uniforme la ricostruzione delle fonti mediante il ricorso a sintomi collaudati e condivisi. Mi colpì anche la notazione del Solazzi circa la importanza, ma anche la maggiore difficoltà, di individuare, più che gli interventi dei commissari giustinianeî sui testi escerpiti, le annotazioni molteplici (glosse ai margini e nelle interlinee) che erano state trasfuse nei *volumina* che quei compilatori avevano avuto tra le mani ritenendoli testimonianze dell'originale lavoro dei *iurisprudentes*. Le interpolazioni della commissione nominata da Giusti-

niano possono più agevolmente essere individuate, perché coerenti con la *forma mentis* bizantina e la finalità legiferativa della compilazione. Più insidiose le glosse, perché apposte da più mani e in tempi ed ambienti diversi. Eppure la loro rilevazione aiuta a ricostruire la giurisprudenza «classica» a cui i moderni hanno ritenuto di ispirarsi traendola dal *Corpus iuris civilis*. Il Solazzi, insomma, aspirava a dare luogo ad una palingenesi che integrasse quella del pur sommo dotto probo saggio Otto Lenel, restituendo per quanto possibile i testi originali, non ricostruendone soltanto la struttura. E tale impostazione ha influito pure sulle codificazioni post-ottocentesche. Basti riflettere sulla individuazione delle fonti delle obbligazioni, diversa nel codice civile italiano del 1865 ed in quello del 1942.

A mano a mano che mi addentravo negli studi, emergeva che la elaborazione ed evoluzione del *ius* rimasero affidate per secoli alla *scientia iuris* professata da privati. Non potevo sottrarmi al fascino ed all'onere di indagare in merito. Ho proceduto con assaggi per spaccati particolari.

L'attenzione per l'epoca che ingenerosamente siamo soliti qualificare postclassica mi indusse ad addentrarmi in qualche libro del Codice Teodosiano.

Devo confessare che invece la costruzione di un nuovo diritto europeo mi ha trovato sempre scettico, se

la si volesse fondare, come pare, sui codici di tradizione romanistica e sul recupero di regolamentazioni suggerite dai giusperiti antichi a varie fattispecie. Entusiasmante la prospettiva. Interessante il metodo di lavoro. Ma non mi ha convinto. Per più d'una ragione.

In primo luogo, la omogeneizzazione delle legislazioni privatistiche è estremamente difficile, perché, se è vero che esse hanno una comune radice nel diritto romano, sta di fatto che ognuna s'è ispirata ad un momento evolutivo diverso della ultramillenaria vicenda di quell'ordinamento: l'efficacia della compravendita è obbligatoria nel BGB, traslativo/reale nel codice italiano, ancora obbligatoria nel trattato internazionale sulla compravendita di beni mobili; la trasposizione del regime dell'arricchimento senza giusta causa è avvenuta come principio nel codice italiano (ma con applicazione asfittica) per singole fattispecie invece nel BGB.

Al riguardo sia consentita una digressione. Il trattamento dell'ingiustificato arricchimento è un momento della vita del diritto di grande rilievo nella pratica, esso, sì, passibile di rielaborazione in sede comunitaria. È un campo nel quale si manifesta la funzione «rimediale» del diritto, che sta attraendo l'attenzione dei più avvertiti privatisti (ma anche amministrativisti) non soltanto italiani. La valorizzazione di tale funzione apre spazi alla revisione anche delle costruzioni negoziali e della responsabilità; e dà modo ai giudici di muoversi in una traiettoria che dia rilevanza, al di là delle tutele tipizzate, all'interesse concreto prospettato loro. Infatti, chi si ri-

tiene pregiudicato non necessariamente deve invocare l'alterazione di un sinallagma o la invasione della propria sfera giuridica. La possibilità di agire risponde ad una esigenza di protezione puntuale di ogni aspettativa meritevole. Fa valere, in ultima analisi, un «contatto sociale qualificato» che non può rimanere indifferente all'ordinamento giuridico quando non ha vita fisiologica, quando l'altro soggetto ne profitta, incurante dell'*officium* che dovrebbe informare il suo comportamento. Nel suo significato profondo *officium* equivale a dire non solo autoresponsabilità, bensì pure afflato sociale. Entrambi questi atteggiamenti, prima ed al di là di specifici comandi giuridici ma non per questo in modi indifferenti al diritto, dovrebbero presiedere a tutte le relazioni, alla circolazione di uomini e beni, ai commerci, all'esercizio delle signorie. L'*officium* è, per ciò, qualcosa di diverso e di più della correttezza, qualcosa di più e di diverso della buona fede soggettiva ed oggettiva. Non consiste soltanto nell'agire secondo standards ritenuti congrui dalla collettività. Non si limita al comportamento tenuto con la consapevolezza di non nuocere ad altri. Implica un quid di partecipativo, di attivo. Implica un'attenzione all'altrui, il rappresentarsi quello che l'altro uomo si attende da te, ed il venirgli incontro per soddisfare le sue esigenze ed aspettative. Equivale, in ultima analisi, a richiamarci alla nostra comune umanità.

Oggi più che mai siamo dipendenti dalla tecnologia; la usiamo come lente per mediare la realtà; le acquisizioni che ci permette di accumulare finiscono per esau-

rire quasi il bagaglio di esperienza per i nostri comportamenti. Si va dissolvendo così la nostra individualità umana. Per gestire questo processo dobbiamo ricreare in noi l'umanesimo, e l'*officium* ne è un momento centrale.

Ebbene: la tradizione romanistica, che in sede pratica legiferativa è poco o punto utile per ripensare l'ingiustificato arricchimento, ci indica però che la soluzione può e deve impinarsi sulla rilevazione della consustanzialità dell'*officium* all'agire, da uomini, con umanità.

Potrei continuare nella prospettazione di tante altre applicazioni. Ma chiudo qui la digressione.

Tornando all'auspicato Diritto europeo su basi romanistiche, in secondo luogo osservo che esso, secondo i programmi, si esprimerebbe in codici, cioè farebbe ricorso ad uno strumentario ottocentesco, anacronistico per i contenuti e per la sua pretesa di duratura esaustività.

La così detta globalizzazione ha fatto sì che l'economia si interessi ai flussi finanziari piuttosto che al lavoro ed alle merci, com'era fino a non molto tempo fa. Il processo sembra irreversibile. Ma nell'esperienza giuridica antica non si incontra nulla al riguardo. Per ciò il fenomeno non fu preso in considerazione, se non marginalmente, nei codici vigenti dalle radici romanistiche.

Last but not least, la nuova realtà magmatica di forme di appartenenza e di relazioni contrattuali viene ormai costruita, con la prontezza che una legislazione non po-

trebbe assicurare, da specializzati studi professionali di imprese multinazionali e viene legittimata dai fori arbitrali internazionali, che stanno formando così una nuova *lex mercatoria* universale.

Insomma, ripeterci con il Casavola che «grammatica e vocabolario potranno echeggiare il lascito romano ma non varranno a fare del futuro diritto europeo una ennesima metempsicosi romanistica».

Quali temi ho affrontato nei miei scritti? Non ho l'inconsulta intenzione (e sfrontatezza) di illustrarvi la mia bibliografia. Mi permetto soltanto di rappresentarvi, per aggregazioni tematiche, una vicenda di vita per buona parte dedita alla ricerca ed alla docenza, e le estrinsecazioni dell'una e dell'altra.

L'occasione, offertami dai colleghi Pierangelo Catalano e Sandro Schipani di partecipare a sessioni di studio e convegni con studiosi di Paesi latino-americani, ha suscitato in me anni orsono attenzione a quegli ordinamenti giuridici.

Dagli scambi di opinioni emergeva che la massiccia importazione per il diritto privato, a partire dai codici civili dell'Ottocento, di un gran numero di materiali e strumenti giuridici del Vecchio continente ha fatto sì che gli ordinamenti latino-americani siano considerati, nel loro insieme, una propaggine collaterale del modello europeo continentale (il Còdigo civil cileno del 1855 legato al nome di Andrés Bello, che funge da prototipo

per molti altri, è una sorta di recezione del Codice Napoleone, con travasi però anche dagli ordinamenti spagnolo, anzi castigliano, e portoghese). Anch'essi appartengono, per la mediazione dell'ascendenza, alla tradizione romanistica.

Gli studi di diritto comparato più recenti hanno ridefinito, però, quelle esperienze nazionali inserendole in un'area non coincidente con le due famiglie abitualmente identificate come aree di civil law e di common law. Hanno evidenziato pure una particolare comune base socio-culturale sottostante a quegli ordinamenti, che, senza tradire le radici, conferisce loro una peculiarità e ne permette, anzi esige, un'aggregazione regionale a se stante.

Ovvvia la mia attenzione a siffatte problematiche, dato che il mio primo scriverello (pubblicato nella rivista *Labeo* del 1962) riguardava proprio il rapporto tra lo studio comparato del diritto e lo studio storico del diritto, in particolare del diritto romano. Qualche mia riflessione, oltre che in relazioni tenute in quei Paesi, l'ho messa pure nero su bianco.

Studi sulla repressione criminale nell'esperienza romana avevano tentato di ricondurla, con originalissime osservazioni, a taluni principi moderni: ad esempio, nell'età repubblicana in qualche modo si sarebbe praticato *ante litteram* l'illuministico principio «*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*», e così via. Interessante. Ma, incaricato presso l'Università napoletana di tenere, accanto all'insegnamento delle Istituzioni di diritto ro-

mano, anche il corso di Diritto penale romano, raccolti e pubblicai sotto forma di manualetto talune lezioni e seminari in cui contrastavo simili ricostruzioni ammodernanti. Per il che, tra l'altro, mi misi anche a studiare le orazioni difensive ciceroniane, in particolare la «Pro Cluenzio». L'Arpinate vi adombrava, questa volta sì anticipando i tempi, il criterio del principio della presunzione di innocenza, ritenendo doveroso attenersi da parte dei giudici. Lo evidenziai in un volumetto. Osservazioni del professore Giovanni Pugliese e dell'amico Bernardo Santalucia mi hanno indotto poi ad articolare il mio punto di vista in più saggi sparsi.

La ricostruzione della repressione criminale in Roma antica mi portò a riflettere pure sulle spinte che avevano indotto Contardo Ferrini (sì, il Beato Contardo Ferrini) a dedicarvi anni della sua breve vita.

Una tematica che mi ha attratto spesso quando ho insegnato Diritto costituzionale romano a Salerno e Diritto pubblico romano a Napoli, e su cui sono tornato molte volte per un quarto di secolo, è stata quella dei *propria atque singularia iura* dei militari.

Negli scritti in cui ho riferito gli esiti delle letture e delle ricerche – che il mio Dipartimento ha voluto che raccogliessi nella Collana facente capo ad esso: due volumi del 1996 – il filo conduttore è stato il rilievo che nell'età post-mariana per peculiari motivi organizzativi (l'esercito non era più cittadino ma divenuto professionale), nell'età del principato per esigenze politiche ed

economiche, nel tardo antico per il porsi diverso della gestione del potere, l'esercito divenne un *corpus separatum*: un gruppo sociale diversamente atteggiandosi rispetto alla società dei *pagani* (e più avanzato quanto a organizzazione, trattamento economico, eccetera). Come tale, non poteva non ottenere un diverso ordinamento anche a riguardo dei rapporti dei *milites uti singuli*. Le «conquiste» della società castrense furono estese nel tempo a tutti i *cives*.

Le lezioni, se non mi illudevo, erano seguite con interesse, giacché il discente verificava che rispondeva a realtà viva la nostra affermazione, che poteva apparire generica, circa la storicità del diritto in quanto ordinamento sociale che si conforma diversamente in funzione del modo di atteggiarsi degli aggregati umani.

Ne scaturiva che anche perciò sono minati da insanabile aporia di fondo quei sistemi moderni che ad eserciti di leva (cittadini), a mo' di quelli della *media respublica*, sovrappongono regimi degli eserciti di mestiere, a mo' di quelli di *principatus/imperium*, o viceversa. Una aporia che troviamo in uno scritto di Carlo Pisacane. Quell'eroe del Risorgimento italiano, anticonformista, socialista, non si esentò dall'affermare che i romani, «i primi guerrieri del mondo», «furono, sono e saranno a noi ed ai posteri modello di militare disciplina». La banalità (così la qualificò Nello Rosselli) passi per Pisacane che viveva in un secolo in cui la comune cultura europea riteneva che le fonti antiche contenessero «le tracce originarie di ogni successiva elaborazione giuridica». Se-

nonché l'aporia la ritroviamo perfino in «Che» Guevara nella prefazione alla edizione cubana, del 1964, della «Guerra del popolo» di Vo Nguyen Giap. Figurarsi.

Non si è trattato soltanto di affermazioni innocue. È documentato che durante la prima guerra mondiale i tribunali militari italiani, a riguardo dell'«uscir dalle file in presenza del nemico», fecero applicazione di un articolo del codice penale dell'esercito rileggendolo alla luce di un passo del Digesto dai giustiniani attribuito a Modestino (D. 49.16.3.11) che ne era stato il fondamento. Mandarono perciò alla fucilazione decine di malcapitati che avevano soltanto arretrato di poco le postazioni affinché non fossero raggiungibili dal tiro, mal calcolato, delle bombarde nemiche che le avevano massacrate. Chi ha letto il saggio di Mario Silvestri *Isonzo 1917* o ha visto il film *Uomini contro* per la regia di Francesco Rosi avrà nitide le conseguenze drammatiche di quella interpretazione. Peraltro, la testimonianza antica era stata anche male letta ...

Quanto alla *scientia iuris*, mi sono interessato alla figura di Quinto Mucio sotto la prospettiva della considerazione, da parte sua, del *ius civile* come 'il' diritto-diritto, stabile ed affidante, mentre il diritto dei giudicanti (non solo dei giurisdicenti ma anche dei *iudices*), rapsodicamente innovativo, potenzialmente incostante, ne sarebbe stato l'applicazione deformata sia pure a ragione di esigenze di *aequitas* (adeguatezza al contesto socio-economico).

Invece Servio Sulpicio Rufo, già nei *Notata Mucii*, appare tutt'altro che ostile alle innovazioni della prassi e dei giuristi (salvo però ad esprimersi negativamente, ma a motivo di coerenza con il sistema, per la pratica negoziale dell'adattamento funzionale del mandato, a fini di garanzia personale, come *mandatum pecuniae credendae*).

Il fenomeno, con la relativa problematica, si è ripresentato anche in esperienze moderne e contemporanee. In Italia parliamo addirittura di un «diritto vivente» qual è quello costruito nei tribunali, il «diritto dei Giudici», abbiamo «sentenze additive» della Corte costituzionale, eccetera; a livello dell'Europa unita, s'è stratificata una messe di interpretazioni delle convenzioni da parte della Corte di Strasburgo, che la nostra Corte costituzionale qualifica come complesso di «norme intermedie» tra la costituzione e la legislazione ordinaria. Ritorna, insomma, quasi ciclicamente il problema del *ius certum positum/ius honorarium/ius controversum prudentium*. L'ho prospettato nella relazione introduttiva di un convegno della Società italiana di Storia del diritto.

Mi ha incuriosito anche un altro momento dell'età a cavallo tra la tarda repubblica ed il principato: a Roma si diffuse l'epicureismo, che Cicerone invano tentò di contrastare affermando che l'adesione a quella filosofia di vita comportava l'agire «*sua causa, non civium*». A me è sembrato che nella trama degli scritti di taluni giuristi (tra cui Ateio Capitone, tanto vituperato da Tacito) si rinviene la visuale tipicamente epicurea della natura isti-

tuzionistica, della così detta «socialità» del *ius* («*ubi societas, ibi ius*»), insomma del diritto come immanente all'evolversi della società ed ai mutamenti al governo dei gruppi politici egemoni. È senza significato che tale processo di pensiero si fosse sviluppato, come ho evidenziato sopra, nel momento della sovrapposizione alla struttura repubblicana del potere del *princeps*?

L'*ars* di elaborare forme giuridiche consolidate (ad esempio, le *servitutes praediorum*) per soddisfare bisogni nuovi della prassi economica è stata oggetto della mia attenzione. Ma tanto ancora andrebbe studiato.

Ho cercato di spiegarmi, poi, la concisione ed apoditticità delle affermazioni di Papiniano con la sua concezione delle funzioni d'indirizzo che il giurista aveva nella collocazione e nel momento storico in cui egli operava.

Ancora. Ho cercato di dare una plausibile motivazione alla riduzione del programma teodosiano, che contemplava in origine un codice contenente *constitutiones imperiales* ma corredate da *tractatus prudentium*: non fu l'inettitudine della commissione incaricata; v'erano troppe antinomie fra i *iura* tradizionali e le aggiornate *leges*, affinché si potessero coordinare gli uni con le altre. Come potevano essere conciliabili, ad esempio, le disquisizioni di Arrio Menandro, Paolo, Emilio Macro a riguardo di *desertio* ed *emansio* quando la corte imperiale, in momenti di disperazione, aveva autorizzato il linciaggio per i militari trovati fuori dai ranghi? I compilatori dovettero segnalarlo. A corte ne convennero, ed

abbandonarono il programma iniziale. Vi riuscì Giustini-
niano, ma in tutt'altra temperie.

Da qui anche l'attenzione per la produzione dei cul-
tori del diritto che ingenerosamente ed antistoricamente
usiamo qualificare (spregiativamente) «postclassici», in
particolare per i loro minuti scolii e le raccolte a catena
di *iura* e di *leges* che costituirono (continuo a ritenerlo
plausibile) i così detti «predigesti».

Più di recente mi ha attratto il fenomeno del «bisog-
no del diritto»: come si manifesta, da chi è rilevato,
come viene soddisfatto. Un primo volumetto raccoglie
una diecina di saggi, il secondo, in allestimento, altret-
tanti. Taluni con riferimento anche alle esperienze con-
temporanee: dalla legalizzazione di unioni paramatri-
moniali tra persone dello stesso sesso, al conseguimento
della piena reintegrazione patrimoniale in seguito al-
l'ablazione di beni per pubblica utilità.

Una prospettiva mi ha sempre guidato in tutti gli
studi, quasi come il filo che orientò Arianna. Certa-
mente il lettore l'ha già colta, ma non posso sottacerla.

Quale la sua genesi? Il professore liceale di Storia e
filosofia che ancora ricordo con gratitudine, Armando
Dusatti, senza prescriverlo, ci induceva a procurarci li-
bri ed a leggerli criticamente. Ebbene, fra le letture a cui
mi detti di testa mia (disordinate, lo ammetto) mi attirò
una (allora per me) strana affermazione del fondatore
del Positivismo francese, Auguste Comte, autore, a metà
dell'Ottocento, del *Système de politique positive*: «I

morti governano i vivi». La storia ci condiziona troppo. Più tardi, mi attrassero gli *Essais* di Nichel (Eyquem) de Montaigne, magistrato, moralista dalla cultura classica, di quasi due secoli prima, in cui colsi l'esortazione a non essere fra quelli che «si gettano a capofitto nella salvaguardia del passato ... di cui si nutrono»; ma ad essere fra chi, ben conoscendo il passato, «vorrà liberarsi del pressante pregiudizio della tradizione». Egli «troverà ... parecchie cose ... che non si appoggiano se non alla barba bianca ed alle rughe dell'uso».

Tutte queste considerazioni mi ronzavano nelle orecchie quando intrapresi le ricerche sul diritto romano. E presuntuosamente (Dio mi perdoni) già nel mio primo scritto sopra ricordato, ebbi a pontificare che, se la ricerca storica appura che certi dogmi accolti dai diritti moderni soltanto perché con «la barba bianca», non hanno ragion d'essere oggi giacché sono mutate le situazioni sociali ed economiche, bisogna disfarsene. Troppo ha pesato sui moderni l'autoritatività del *ius Romanorum*.

A stampa avvenuta del saggio (ingenuamente) provocatorio, mi colse un brivido. Sarei stato allontanato dalla koinè dei giusromanisti in cui non ero neppure propriamente ancora entrato?

Giacché scomuniche ed anatemi non ebbi a ricevere, scrupolo ed orgoglio mi spinsero a dimostrare, in concreto, il mio assunto.

Ho creduto di poterlo accreditare a proposito della polemica, due secoli fa, circa la giuridica rilevanza della

proposta contrattuale *in incertam personam*, e della promessa al pubblico, tutta basata e risolta, quella polemica, su considerazioni che attenevano all'antico diritto che però simili fenomeni non conosceva affatto.

Stigmatizzai che il divieto di donazioni tra coniugi di cui all'art. 781 Cod. civ. era stato introdotto dai codificatori del 1942 sull'esplicito argomento che, benché non ne sapessero spiegare il fondamento, in materia di diritto i romani erano giganti, e noi pigmei non potevamo ardire di contraddirli. Proprio così. Fortunatamente la Corte costituzionale, dopo tante sconvenienti controversie che ingolfavano i tribunali, ha dichiarato l'illegittimità del divieto perché privo di *ratio*. Difatti quel divieto antico era da mettere in relazione alla pratica tutta romana del *matrimonium sine manu* ed alla relativa costruzione dei vincoli familiari.

Insomma, si è continuato a lungo ad abusare della visuale ottocentesca. Per ammettere o negare una determinata soluzione giuridica. Oppure per plasmarla. Senonché, allora il recupero delle fonti antiche era possibile ed utile. Possibile perché tra l'altro nelle società borghesi e preindustriali dell'epoca s'erano ripresentati taluni modi di produzione e di scambio della formazione economico-sociale del mondo «classico», e perché le elaborazioni giurisprudenziali romane erano pervenute ad un buon grado di (relativa) autonomia rispetto ai processi materiali della società contemporanea tale da rendere possibile la loro fruizione anche in altri contesti simili. Era utile perché occorreva rifondare per gli Stati

sorti dalla Rivoluzione francese un ordinamento tutto nuovo rispetto a quello dell'Antico regime. Ma ciò non significa che quelle categorie abbiano una valenza sem-piterna, sovrastorica.

Un fenomeno analogo ho osservato, spulciando gli atti preparatori del codice civile vigente in Italia, a riguardo del mutuo come contratto «reale» *quoad constitutionem*. I redattori ne fecero questione di mutuo «puro» (quello concepito dai romani come determinativo di *obligationes re contractae*) e di mutuo «spurio» (quello consensuale di taluni ordinamenti moderni). Senonché il fondamento dell'obbligo giuridico della restituzione di quanto ricevuto mediante *datio rei* fu la conseguenza della struttura della *legis actio per condictio-nem* introdotta, per le esigenze dei prestiti fra *cives* e non romani nel mercato italico del denaro nel IV secolo a.C., dalla *lex Silia*.

Il numero chiuso dei diritti reali è persistente dogma, nell'ordinamento italiano, che preclude una serie di operazioni negoziali utili e praticate nei traffici internazionali in vari Paesi non solo di area anglosassone. È stato necessario contemplarle via via con uno stillicidio di legghine ed escogitazioni varie (a riguardo della così detta comproprietà, del pegno rotatorio, e simili). Fortunatamente, per l'autorevolezza di uno studioso del diritto commerciale, il codice aveva legittimato almeno le così dette «servitù industriali», ammesse da talune decisioni giudiziarie sotto la vigenza del codice del 1865, ma aspramente criticate, anche mercé acrobazie

argomentative, dal pur grande Pietro Bonfante sulla scorta della sua lettura delle fonti romane. La tradizione italiana – si sostiene – è di derivazione romanistica. Tradizione italiana? Non direi (vi risparmio il perché). Tradizione romanistica? Neppure. Credo di averlo dimostrato.

Potrei continuare. Me ne astengo.

Per necessità dell'insegnamento (contrazione dei programmi in funzione della riduzione dello spazio per le discipline storico-giuridiche) non ho potuto più consigliare ai discenti la scelta tra i manuali classici. Ottimi, ma troppo ponderosi e per di più rivolti, quando furono concepiti, a studenti che provenivano tutti da studi classici. Mi sono dovuto decidere a pubblicare qualche «corso» traendolo da appunti per lezioni ed esercitazioni integrative. In queste avevo inserito qualche riferimento a conclusioni di miei studi che si discostano da quelle della *communis opinio*, invitando gli studenti ad esercitare il loro senso critico nei confronti delle une e delle altre. Me ne sono giovato. Dovendo sfrondare gli argomenti, mi è apparso utile evidenziare soprattutto l'*ubi consistam* storico di fenomeni schemi e regolamentazioni presenti nella nostra scienza giuridica e destinati a condizionarci ancora.

Perciò ho prospettato l'origine antica (risalente niente meno all'aggregato sociale septimonziano) della situazione in cui ai protagonisti della vita giuridica

venne riconosciuta *iure* una pretesa *erga omnes* a che qualsiasi altro non interferisse nell'esercizio di loro poteri e facoltà (pretesa *erga omnes*, rivolta pure ai selvaggi del Centro Africa? ironizzò Santi Romano con riferimento alla conservazione dello schema dei «rapporti assoluti» presso di noi). Ho prospettato che anche perciò quelli che divennero *iura in re aliena* (e tali sono conservati presso di noi: diritti reali parziari) originariamente erano forme di comproprietà finalizzata a determinati usi soltanto. Ho sottolineato per quali tramiti si pervenne a configurare l'*obligatio* come *vinculum iuris* e si mantennero distinti i trattamenti dei torti tra privati a seconda che si trattasse di inadempimento o di *delicta* (com'è ancora presso di noi). Mi sono soffermato sulla costruzione dal III secolo a.C. al I d.C. dell'atto negoziale mediante il rilievo della sua funzione socio-economica (la *causa*) e l'attenzione rivolta al momento genetico ed alla esteriorizzazione della *voluntas* che non devono essere alterati da *dolus metus errores* eccetera. Ho proposto una ricostruzione dei momenti e delle esigenze per cui si pervenne a costruire la successione come subingresso *in locum et ius defuncti*. Altra attenzione è stata rivolta al farsi del processo come modo per risolvere controversie fra privati.

Basta così. Annoierei troppo.

Alla fine della stesura di questa singolare lettera di ringraziamento ai Colleghi di Facoltà, mi sono ricordato di una affermazione, solo apparentemente paradossale,

di un altro Maestro napoletano, il Professore Giuseppe Abbamonte. Dall'alto della sua esperienza, a me giovanissimo apprendista stregone che gli raccontavo, su sua sollecitazione, quali fossero le ricerche che avevo in corso e mi ripromettevo di intraprendere, disse: «Sappi, Giuffrè, che tra le idee che ci frullano in testa e traduciamo nei nostri scritti, una sola, ricordati una sola, è quella buona che rimarrà per qualche tempo. Tutto il resto non è che carta stampata ...».

Oggi mi ha assalito un dubbio: tra i vari scritti, avrò espresso quell'unica idea buona?

Confido nella magnanimità altrui.

PREFAZIONE

«Ogni vera storia è storia contemporanea»

Benedetto Croce

La Fondazione Seminario di Diritto romano Ursicino Alvarez non soltanto mi ha donato l'emozione dell'onorifico Premio internazionale che porta il nome del Maestro dei maestri spagnoli. Mi ha anche generosamente offerto la possibilità di riproporre all'attenzione degli studiosi una selezione di miei lavori, da inserire nella prestigiosa «Coleción Premio Ursicino Alvarez» in cui compaiono già raccolte di saggi importanti di Juan de Churruca, Mario Bretonne, Dieter Nörr, Hans Ankum.

Ho accolto l'invito con piacere oltre che gratitudine, anche perché apprezzo le sillogi di contributi coerenti intorno ad un tema di fondo da parte di uno stesso autore. Esse non costituiscono mere riproduzioni boriose di studi editi ma permettono di ricostruire qualche itinerario di lavoro di un ricercatore.

Gli scritti di seguito assemblati, qualcuno ancora inedito, costituiscono una compilazione molto selettiva di notazioni che ho avuto modo di esprimere qua e là nel tempo (dai primi anni Sessanta del secolo scorso agli inizi del secondo decennio del nuovo) in occasioni varie a riguardo di attività e figure dei giusperiti antichi. L'attenzione da parte mia per questo aspetto del 'diritto romano', mai dismessa, è stata costante anche se può apparire rapsodica perché in funzione dell'approfondimento di altri momenti e dati dell'esperienza giuridica romana. Una trama unificante, però, può intravedersi connettendo i vari 'pezzi' prescelti.

Il collage vuole contribuire a cogliere qualche aspetto di una cultura giuridica, e del suo farsi, che ha suscitato attenzione per tanti secoli. Una dottrina ed il suo strumentario che hanno apprestato vocabolario e schemi recepiti, nel bene

e nel male, dagli ordinamenti europei continentali e da quelli derivatine specie nell'Ottocento e nella prima metà del Novecento; ed ancora caratterizzano in qualche guisa la *forma mentis* dell'operatore giuridico occidentale contemporaneo. Una elaborazione antica a più mani in un dialogo a distanza, ed anche con trapassati, che creò un pensiero coeso e maturo, pur se non mancano divergenze e perfino polemiche tra i suoi protagonisti, pensiero caratterizzato da unitarietà quanto a valori di fondo ed obiettivi ma che lascia trasparire, volendolo, le menti che lo costruiscono momento per momento e quindi le personalità individue - ed i condizionamenti a cui seppero o non vollero sottrarsi, nonché le finalità dell'apporto e le tecniche escogitate per concretarlo - di coloro i quali contribuirono a quel che ai moderni è apparso il grande mosaico della *iurisprudencia*: fenomeno unico nell'antichità, ed epocale.

Il modo di concretarsi e la vicenda di quell'impegno possono esserci di aiuto —essi sì, non improbabili antistoriche codificazioni quali ennesime metempsicosi di un diritto 'morto', tanto meno artificiosi tecnicismi di burocrati— nella formazione di un nuovo *ius commune Europaeum* 'senza padroni'. Il modello, vale dire lo stimolo che ne può derivare, è costituito dall'osservazione pregnante della circostanza che il farsi di quell'ordinamento era imperniato sulla centralità dell'apporto corale dei giuristi, di una libera dottrina (a dirlo con il lessico moderno) ovvero di una libera giurisprudenza (secondo la più appropriata parola antica). La parabola di quell'attività che spero si colga dall'insieme degli spaccati proposti ci mostra infatti come quando si concreta invece un circolo vizioso di cause (*rectius* concause) ed effetti —da una parte l'affermazione di governi autocratici e l'acquisizione di poteri impropri da parte di chi gestendo la *iurisdictio* si arroga anche il *iura condere*, dall'altra parte l'acquiescenza, da parte degli operatori giuridici, al controllo del loro operato a cominciare dal gradimento del conferimento del *ius publice respondendi* e poi di alti incarichi a corte— il ruolo dei *iuris prudentes* ne viene mortificato.

Ebbene nell'esperienza nostra contemporanea, marcatamente in quella italiana, assistiamo a fenomeni inquietanti al riguardo. Soggiacciamo ad un alluvione di normative di cui ci acconciamo ad essere meri esecuti manifestando al più qualche sterile doglianza; per giurisprudenza —come accennavo— non intendiamo più ormai la *iuris scientia* privata che si forma negli Atenei e nelle Accademie ma la sedimentazione delle interpretazioni dei tribunali che i giudici delle leggi ritengono integri, essa, il «diritto vivente»; dobbiamo ossequio alla lettura che la Corte di Strasburgo fa delle convenzioni europee che qualifichiamo «norme interposte» fra i principii delle costituzioni nazionali e la legislazione ordinaria. Il lavoro dei giuristi sta divenendo così uno sterile esercizio intellettuale.

I saggi sono riprodotti così come a suo tempo stampati (pur se contengono qualche innocuo refuso). La letteratura tenuta in conto per taluni scritti è quindi obsoleta. Ma ho ritenuto di non aggiornarla con appendici o annotazioni

PREFAZIONE

finali, perché rappresenta lo 'stato dell'arte' nel momento in cui fu compiuta la ricerca. Diversamente avrei tradito quello spirito apprezzabile delle raccolte di scritti del medesimo autore a cui accennavo. Quanto al contenuto dei contributi, ancora ne resto sostanzialmente convinto e lo ritengo non inattuale. Magari apporterei soltanto varianti formali. Ma tant'è.

Napoli 31 dicembre 2014

V. G.

La storia: "... lo sforzo di arrivare ad una spiegazione"
Mac Heurgon in J. Le Goff,
Una vita per la storia, Intervista a Mac Heurgon
(Roma-Bari 1997) p. 9

1. In altra occasione¹ ho prospettato alla koiné degli studiosi una ipotesi di ricerca sulla "vessatissima classificazione", "reputata per secoli enigmatica" come ebbe a dire Bonfante², delle *res* dette *mancipi* e *res nec mancipi* tramandata da Gaio, Ulpiano e Papiniano³. "Su questa distinzione tutto si discusse: non soltanto il fondamento e l'origine, ma

* Nella dedica manoscritta con cui volle personalizzare la copia inviata in omaggio del suo raffinato opuscolo *Come stelle fisse* diffuso da Tullio Pironti editore 2009, Francesco menzionava il nostro "antico affetto". Mi balzarono agli occhi luoghi ed accadimenti, a molti dei quali furono partecipi la sua adorata Teta, mai dimenticata da me e mia moglie per il suo tratto signorile e schietto, ed i figliuoli l'ultimo dei quali, Giuseppe, è ora autorevole collega nella Facoltà fridericiana. E mi rividi, 'allievo interno' dell'Istituto di diritto romano, invitato dal Professore Guarino a recarmi nel suo studio professionale in via dei Fiorentini affinché provvedessi alla schedatura di estratti romanistici. Lì incontrai per la prima volta Guizzi che in una cameretta riservatagli era intento a rifinire l'elaborazione di una sua monografia (gli orari di frequenza degli Istituti giuridici all'ultimo piano di corso Umberto erano di quelli da ufficio catastale). Lo vedevo intento a cesellare ogni "pagina", come amava dire, su un tavolo pieno di libri aperti e fogli di appunti. Lo spiavo. Incuriosito, ammirandolo fantasticavo sul se avrei potuto fare lo stesso anch'io.

¹ *L'arcaica possessione delle "res nec mancipi"*, in AA.VV., *Au-delà des frontières, Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkievicz*, I, Varsovie 2000, 303 ss.

² Le espressioni sono tratte da BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, II. *La proprietà* Parte I, rist. corr. della 1^a ed., a cura di G. Bonfante-G. Crifò, Milano 1966, 207.

Per la bibliografia essenziale sui temi che toccherò, oltre che agli scritti citati nelle note che seguono, rinvio: alla letteratura rassegnata da BONFANTE, *Res mancipi e res nec mancipi*, Roma 1888-1889, aggiornata con la ripubblicazione del saggio con tagli e modifiche nel II volume dei suoi *Scritti giuridici vari* (1926) sotto il titolo *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, su cui CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le "res mancipi" e "nec mancipi" di Pietro Bonfante: 1888-89*, ora in ID., *Proprietà e signoria in Roma antica*, Roma 1986, 199 ss.; a GUARINO, *Diritto privato romano*, 12^a ed., Napoli 2001, 321 s. che in nt. discute gli studi di De Visscher (1936), Gallo (1958), Franciosi (1959), Scherillo (1964); agli scritti selezionati in nt. 2 di p. 303 del mio scritto richiamato in nt. 1 a cui *adde* per ulteriori interessanti riflessioni e spunti BONA, *Il coordinamento delle distinzioni "res corporales-res incorporales" e "res mancipi-res nec mancipi"*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 409 ss., TALAMO, *Il tema del 'mio'. Riflessioni del IV secolo a.C.*, in *La parola del passato*, 59 (2004), 45 ss., SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I. *Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, ed. riveduta ed integrata, Napoli 2006, spec. 48 s., 59, 318 ss. Molteplici i contributi che offrono anche al nostro tema le ricerche di Luigi Capogrossi Colognesi sulla storia della proprietà romana, le meno recenti rielaborate in sintesi nella vc. della *E.d.dir. Giuffrè*, altre sono succedute e suppongo che siano ancora in corso.

³ Gai 2.14a-17 e 1.120, Ulp. Fragm. 19.1., Pap. Fr. Vat. 259.

altresi l'epoca del suo apparire, il significato dell'espressione, e l'elenco stesso delle *res mancipi*", annotava ancora Bonfante⁴.

Mi intrigavano proprio il fondamento e quindi l'epoca in cui si collocava la classificazione. Non mi convinceva la pur diffusa convinzione che la inclusione delle *res* nell'una o nell'altra categoria dipendesse dallo strumento negoziale richiesto per trasferirne il *meum esse*, *mancipatio* o *traditio*⁵, che tale fosse l'origine *uno momento* della distinzione, insom-

⁴ *Op. cit.*, 202.

⁵ Tale convinzione talvolta è esplicitata: di recente cfr. AA.VV., *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino 2003, 274 (U. VINCENTI), CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*, Padova 2010, 345. Altre volte (v., fra le ultime trattazioni generali, BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2009, 268 ss.) è sottesa alla lettura del lemma *mancipi* (*mancipii*) come indicazione per l'appunto dell'atto solenne con il quale si acquistava il dominio sulle *res* appartenenti alla categoria.

Tuttavia *mancipi* può indicare pure la relazione con il potere denominato *mancipium*. Infatti si ritiene che in età risalente e per lungo tratto *mancipium* indicasse sia il potere sia il negozio per trasferirlo. "*Mancipium* è stato probabilmente il più antico nome per dominio", si legge in una nota del Cogliolo a PADELLETTI, *Storia del diritto romano*, 2^a ed., Firenze 1886, 217. Questi aveva enunciato la seguente convinzione (p. 215): "Le *res mancipi* furono ... quei beni, che ebbero un alto valore economico per la famiglia e costituirono dai tempi più antichi il vero e proprio dominio del cittadino". L'atto giuridico necessario per trasferire una cosa da una sfera potestativa ad un'altra era detto anch'esso *mancipium* o *mancipatio*. V. per tutti BREONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1987, 88.

Cade opportuna una digressione sulla *mancipatio/mancipium*.

Breone (p. 89) sottolinea che si trattava di un congegno verbale e gestuale divenuto stabile prima di essere richiamato o assunto nei testi legislativi. "Nel *mancipium* l'acquirente, che 'tiene' la cosa da acquistare (o una parte o un segno di essa) pronuncia determinate parole in presenza dell'alienante, di cinque testimoni e di un altro cittadino, che ha l'ufficio di pesare sulla bilancia il bronzo non monetato necessario per il prezzo"; "il *mancipium* attua uno scambio fra cosa e prezzo, ma non si riduce al suo contenuto economico"; "l'alienante rimane in ombra", "è l'acquirente il vero protagonista del dramma, che si svolge su uno scenario sociale"; "l'acquirente 'prende con la mano' una cosa che dichiara sua ... di fronte a un altro soggetto che assiste in silenzio, e che in realtà se ne priva"; "proprio questo momento della perdita, economicamente rilevante come quello dell'acquisto, non ha, nella struttura giuridica dell'atto, nessun rilievo". Appare evidente che si tratta di una stilizzazione, di una ritualizzazione al fine di conseguire effetti sul piano del *ius*, di operazioni una volta del tutto materiali: chi voleva alienare non mediante baratto ma dietro corrispettivo di lingotti o pani di metallo doveva assicurarsi, se egli stesso non era esperto o non era dotato di bilancia, che qualcuno riconoscesse la natura del metallo ed impiegasse uno strumento per controllarne il peso. A sua volta, la presenza di amici e vicini rassicurava il *mancipio accipiens* che il bene cedutogli fosse nella signoria del *mancipio dans* e fungeva anche da pubblicità nel duplice senso che l'alienante o suoi *heredes* non avessero poi a negare la perdita del bene, e che nella comunità si sapesse a chi spettava la signoria sullo stesso. L'effetto, il passaggio della *res* da una sfera potestativa ad altra, era immediato, incontestabile, irrettrabile. Noi qualifichiamo quel rito 'mero atto giuridico'.

L'affare acquisterà natura giuridica 'negoziale' soltanto a seguito di secolari sviluppi implicati, ad esempio, dalla necessità di riscontrare se la funzione socio-economica (la 'causa') non fosse in contrasto con qualche precetto giuridico (magari la *lex Cincia*), o dalla rilevanza di *dolus* o *metus* che avessero inficiato il momento volitivo del comportamento dei protagonisti del rito, ecc.

Insomma, a voler usare una precisazione del Padelletti, "la *mancipatio* ... non è da considerare come un vincolo all'alienazione delle *res mancipi*, ma come una forma ed una garanzia, repute indispensabili appunto per la grande importanza economica di quei beni presso un popolo agricolo".

Breone, a sua volta, sposta l'attenzione sulla "formula vindicatoria" che pronuncia l'*accipiens*: "affermo che questo è mio ... per diritto dei Quiriti". Formula che ha suscitato tante riflessioni in ordine alla comprensione dell'affermazione 'mi sia comprato <perché comprato?> con questo rame e con questa bilancia ...'. E dovrebbe farci riflettere anche sulla escogitazione del semplificato succedaneo della *mancipatio* che fu la *in iure cessio*, ed altro ancora. Ma conviene fermarsi qui.

ma che i quiriti⁶ a fronte di medesime situazioni proprietarie si fossero preoccupati di stabilire, in non si sa quale occasione, un diversificato regime di circolazione, sia pur in considerazione della diversa rilevanza socio-economica del bene.

Giocoforza risalire, per rintracciare una diversa origine, all'epoca arcaica tenendo conto dell'apporto di altre discipline⁷. A riguardo delle indagini su tale età Jérôme Carcopino ebbe ad esclamare che "c'è di meglio da fare" e il professore Mario Lauria diceva che se non vi sono fonti non ci può essere storiografia. Ma il Maestro napoletano non aveva a disposizione i risultati della moderna archeologia, economia e sociologia dell'antichità, ed amava lavorare soprattutto sulle fonti letterarie, quelle giuridiche e quelle atecniche di cui aveva conoscenza smisurata.

Azzardai l'ipotesi che per lungo tratto i soli beni presi in considerazione dal *ius* (noi li qualificheremmo 'oggetti giuridici') furono quelli poi detti *mancipi* (e soltanto se si trattava di *res materiales*⁸). Indispensabili per la identità, la sopravvivenza e l'incremento del nucleo familiare, la *domus*, l'*heredium*⁹, gli *animalia quae collo dorsove domantur*¹⁰ furono

⁶ Per il significato e l'ambientazione del termine v. LABRUNA, "Quirites", in *Labeo*, 8 (1962), 340 ss.

⁷ Nel 1988 Giulio Einaudi editore in Torino lanciava la collana dedicata alla *Storia di Roma* affidata a studiosi italiani sotto la direzione di Aldo Schiavone condivisa generosamente da Arnaldo Momigliano e poi allargata ad altri storici emeriti. Il primo volume riguardava *Roma in Italia*. In quello stesso anno in cui venne proposto il 'punto' degli storiografi in ordine alle origini della prima comunità che costituirà la società romana, ed al farsi dell'*urbis*, ebbero in quello stesso anno avvennero scoperte archeologiche di grande importanza. Esse misero in crisi l'orientamento storiografico a datare l'origine di Roma alla fine del VII secolo a.c. benché la tradizione antica la facesse risalire al terzo quarto dell'VIII. La singolare coincidenza tra la scoperta e quanto raccontato dalla saga romulea rimetteva in discussione convinzioni ormai consolidate. Qualche dato della tradizione sulla "nascita di Roma" poteva dunque essere verosimile. I miti e i riti tramandati da fonti letterarie potevano essere utili per la storia.

Andrea Carandini vi meditò per un decennio e nel 1997 pubblicò con lo stesso editore e la medesima veste editoriale, quasi come continuazione ed aggiornamento della Collana, un ponderoso volume in cui, coadiuvato da pochi altri esperti, ripercorre gli eventi della *Nascita di Roma* (tale il titolo) con riferimento specialmente a *Dei, Lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà* (tale il sottotitolo).

Il contenuto di queste due opere costituisce lo sfondo del presente scritto. Non che negli ultimi due decenni non siano stati dati alle stampe altri contributi sul tema. Ma non hanno rivoluzionato il sapere acquisito con le due opere. È naturale che mi discosti talvolta dalle proposte ricostruttive enunciate nell'una e nell'altra pubblicazione.

Per il più ampio quadro, etnico geo-politico culturale, in cui si collocano le origini della società romana, si rinvia all'altrettale monumentale opera diretta da Giovanni Pugliese Carratelli, dal titolo *Italia omnium terrarum alumna. La civiltà dei Veneti, Reti, Liguri, Celti, Piceni, Umbri, Latini, Campani e Iapigi*, Milano 1988, inserita nella serie *Antica madre, Collana di studi sull'Italia antica*.

⁸ È ben vero che vi furono incluse le servitù prediali, ma perché all'epoca esse erano costruite come una sorta di comproprietà (funzionalizzata) sulle porzioni di terreno su cui venivano esercitate.

Per articolate ricerche al riguardo: CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, I, Milano 1969; CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in *Atti del Convegno della Società italiana di Storia del diritto 1985*, Firenze 1988, 1 ss.

⁹ In età repubblicana tarda in questi beni furono inclusi tutti gli immobili, urbani ed agricoli, in solo *Italico*.

Sui *bina iugera*, che potrebbero attestare la risalenza nel tempo della proprietà individuale, come consacrata poi dal *dominium ex iure Quiritium*, CAPOGROSSI COLOGNESI, *La città e la sua terra*, in AA.VV., *Storia di Roma*, I. *Roma in Italia*, Torino 1988, 263 ss.

¹⁰ Buoi, asini, cavalli, muli. Erano certamente più utili per l'attività agricola. Quanto ai cavalli, ritenere che avessero funzione ancillare per l'agricoltura, nel senso che servissero al trasporto dei prodotti, è ottimistico a riguardo della produzione agraria del periodo considerato, ché questa non era tanto esuberante rispetto ai fabbisogni familiari da venire smerciata in mercati lontani. I cavalli servivano piuttosto per le imprese

oggetto di quelle intese, accordi¹¹ tra gli esponenti dei gruppi primigeni che interdiceva-

belliche difensive ed espansionistiche, da chi se li potesse permettere acquistando prestigio. Erano utili soprattutto per quell'assistenza nel guado del Tevere che gli antichi fuoriusciti e migranti dalle cittadine laziali aggregatisi sulla sponda sinistra prestavano, tutt'altro che disinteressatamente, alle carovane commerciali che dall'Etruria si recavano al Sud della Magna Grecia, e viceversa.

Fra i pochi studiosi che hanno rimarcato tale aspetto della vita dei proto-romani si distingue V.A. SIRAGO, *Storia agraria romana*, vol. primo, *Fase ascensionale*, Napoli 1995, 47: "Non è concepibile che i pastori e gli agricoltori del Lazio andassero ad occupare le alture intervallate da paludi lambite dal Tevere solo per sfruttare i pascoli e i terreni della contrada, spesso infestate da valli fangose se non acquitrinose, lasciando i bei colli asciutti e soleggiati del territorio albano. Dovettero spostarsi in quel luogo periferico rispetto al loro spazio vitale per qualche buona ragione L'isola Tiberina forse non esisteva (la tradizione la faceva sorgere tardivamente, alla fine della monarchia), il letto allargato ... doveva facilitare il passaggio del fiume. Proprio nei pressi di quel guado andarono a sistemarsi i pastori ...".

Al riguardo, è ancora il caso di richiamare in estrema sintesi la realtà italica, per quel che qui interessa, nel corso dell'VIII secolo ante Cristo. Erano già numerose, fiorenti e note, le città coloniali greche d'Occidente sparse nella parte meridionale della penisola italica (e in quella insulare siciliana), anche se assunsero la denominazione di Magna Grecia probabilmente soltanto nel VI secolo da parte dei navigatori delle città greche asiatiche i quali con esse avevano rapporti più intensi che con quelle della Grecia-madre (C. BARBAGALLO, *Oriente Grecia*, Torino 1947, 160 nt. 2). Quelle *poleis*, con magazzini e punti di sosta e ristoro, costituivano centri di riferimento per i traffici che si spingevano verso il Lazio e l'Etruria.

Si rifletta sulla posizione di Poseidania (ossia Pestum) sulla foce del fiume Sele. Serviva da stazione commerciale sibaritica sul mare Tirreno dalla quale si poteva raggiungere via terra anche Nuceria Alfaterna e, al di là del Sarno, Nola e Capua (M. NAPOLI, *Paestum*, Novara 1970, 4; MELE in *Paestum*, a cura di F. Zevi, Napoli 1990, 25 ss.). – Nocera, "una delle più storiche e ignorate città della Campania" ebbe a dolersi Amedeo Maiuri, era città osca fondata nel retroterra del golfo di Salerno di cui controllava gli accessi da Nord ed Est, ma si giovava altresì delle "ricchezze del mite Sarno", *Sarni mitis opes*, "un fiume, un dio" scriveva Sil. Ital. 8.536-37 (cfr. AA.VV., *Guida al territorio del Sarno, tracce storiche, archeologiche e mitiche*, Sarno 1994, M. e A. FRESA, *Nuceria Alfaterna in Campania*, Napoli 1974; AA.VV., *Nuceria Alfaterna e il suo territorio*, I, Nocera Inferiore 1994). – Nola era forse un centro di oschi ausoni o sabelli (così Ecateo e Polibio) forse di etruschi (secondo Catone). Verosimilmente una comunità osca prese il posto di quella etrusca e la antica denominazione Uria divenne Novla, Nola, ossia città nuova (è la tesi di Mommsen). – La fondazione di Capua, collocata nell'ampia spianata tra il Volturno ed il Sarno avente alle spalle i Preappennini e a pochi chilometri il mare, è quasi unanimemente attribuita agli etruschi intorno all'800 a.C. ("il che è già molto più vicino a quanto risulterebbe dai dati archeologici", secondo JOHANNOWSKY, *Capua antica*, Napoli 1989, 14). – Su *Cumae e Misenum, Palaepolis e Neapolis*, v. il classico J. BELOCH, *Campania, Storia e topografia della Napoli antica e dei suoi dintorni* (1890), tr. it. a cura di Ferone e F. Pugliese Carratelli, con pref. di G. Pugliese Carratelli, Napoli 1989. Le vestigia delle civiltà di tali centri, e quindi della loro economia, si colgono *ictu oculi* dai cataloghi delle numerose mostre dei reperti che si sono succedute in tempi recenti, con esaustivi contributi introduttivi ed illustrativi: tra altri, *I Greci in Occidente* (Palazzo Grassi, Venezia), a cura di G. Pugliese Carratelli, Monza 1996, e *Magna Graecia, Archeologia di un sapere* (Complesso monumentale di San Giovanni, Catanzaro), a cura di S. Sattis e M.C. Parra, Martellago Venezia 2005).

Siffatto universo congiungeva idealmente e concretamente, attraverso contatti per scambi commerciali, il mondo italiota meridionale e mediterraneo al di qua del Sele con quello latino-etrusco al di là del Volturno (e del Garigliano). Difatti è stato supposto che anche le zone del Sannio che appartenevano a Caudini, Irpini, Pentri, caratterizzate da spirito montanaro, fierezza e bellicosità, modificarono la loro cultura grazie ai contatti con la civiltà etrusca e greca (cfr. G. GALASSO, in AA.VV., *Storia della Campania*, I, Napoli 1978, 9, 14 s.).

¹¹ Per intenderci, i così detti *foedera*. Mario Attilio Levi annotava significativamente a proposito del nome originario della comunità quiritaria: "Invero, nella tradizione romana la Roma primitiva e preetrusca un nome l'aveva, ed è proprio quello di *Septimontium* che si ispira alla situazione urbanistica della città più antica. Non si vede il motivo per cui debba essere escluso che la città possa avere avuto questo nome in una fase estremamente primitiva nella quale si voleva ancora accentuare il carattere federativo dell'originario aggruppamento etnico" (*L'Italia antica*, I. *Dalla preistoria all'unificazione della penisola*, 42 a.C., Milano 1968, 293). Il termine *foedera* vuole alludere proprio agli accordi tra nuclei che si misero, sì, insieme con una sorta di struttura federativa, ma intendevano conservare una loro qualche autonomia a riguardo delle relazioni interne agli stessi ed agli aggregati minori.

no interferenze nell'esercizio degli altrui poteri (*mancipium manus potestas*) su certe *res* e *personae*¹²; mentre gli altri beni, *res non familiares* e quindi *nec Mancipi*¹³, non erano considerati rilevanti ed erano di pertinenza individuale solo se ed in quanto sottoposti a *possessio* (possessione extragiuridica, ossia posizione di preminenza fattuale in atto)¹⁴ e anche perciò scambiabili soltanto con il *trans-dare*¹⁵.

Il tempo in cui furono individuate le *res Mancipi* ce lo fanno intendere molteplici circostanze. In primo luogo, dal novero degli *animalia quae collo dorsove domantur* erano esclusi cammelli ed elefanti¹⁶, pur se essi erano utilizzati nel Medio-oriente e nell'Africa settentrionale per spostamenti e trasporti. È vero che i romani ebbero modo di vederli dal vivo soltanto intorno alla metà del III secolo a.C. (e non ebbero propriamente ad esserne gratificati) ma verosimilmente avevano sentito parlarne molto prima. In ogni caso, nell'età alla quale ci stiamo riferendo (metà dell'VIII secolo) non erano animali che potessero essere importati, allevati e messi al servizio delle attività praticate generalmente. In secondo luogo, la qualifica gaiana delle *res Mancipi* come *pretiosiores* non può non fare riferimento alla tipica consistenza economica del patrimonio familiare prima dell'età repubblicana, e quindi alla proprietà agricola ed ai mezzi fondamentali per la produzione agraria. Il paesaggio agrario di Roma antica era quello a "campi chiusi", o almeno a lotti circoscritti coltivati con il sistema del maggese, in ordine ai quali l'assolutezza del diritto di proprietà quiritario escludeva ogni promiscuità di usi. Ciò comportava fra l'altro l'integrazione della base foraggera dell'azienda agricola, oltre che con le frasche tratte dalle *silvae* (largamente usate nell'alimentazione del bestiame), con il pascolo promiscuo sulle terre collettive aperte quindi alla fruizione di tutta la comunità, o sui *compascua communia prossimorum possessores*, cioè quelle terre aperte agli usi dei proprietari vicini, che faran-

¹² *Uxor, filii, nepotes* ed assimilati, nonché i pochi *servi* (di solito *hostes* sopraffatti, risparmiati ed assoggettati a mo' di prede belliche).

¹³ Non oggetto di poteri e facoltà proprie della situazione giuridica di preminenza attiva, detta *mancipium*, in astratto esercitabile in ogni momento, ovunque la *res* o *persona* si trovasse.

¹⁴ Per il tratteggio dei fenomeni a cui ho accennato mi permetto di rinviare ai punti vista esposti nel mio *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, 5^a ed., Napoli 2010, 66-67, 68-71, 101-102, 278-282, 287-290, 293-294. In sintesi, quei *foedera* riconobbero (non attribuirono) potestà intense all'esponente del clan familiare e ne autorizzarono *iure* la pretesa al *patis* da parte di ogni altro degli *omnes* con cui venisse a contatto, con la conseguente possibilità di difesa e di reazione in autotutela agli attentati ed invasioni altrui, senza che l'autotutela venisse considerata uno *scelus* (in ciò stava la giuridicità). Si creò così lo schema di quel che noi costruiamo come 'rapporto giuridico assoluto'. Ogni altra tipologia di relazione non v'era inclusa e fu giuridicizzata molto più tardi. Seguo, con non irrilevanti varianti però, la ricostruzione di GUARINO, "Ius Quiritium", ora in ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, 21 ss.

¹⁵ Sulla originaria materialità della *traditio* e sulla sua vicenda, per quel che qui interessa, v. LABRUNA, *Tradere. Evoluzione sociale e mutamenti giuridici nella circolazione dei beni dall'età arcaica*, in AA.VV., *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli 1997, 403 ss., poi, assieme ad altri scritti pertinenti al diritto mercantile, in ID., *Tradere ed altri studi, con un saggio di Okko Beherends su "Iusta causa traditionis"*, Napoli 1998.

¹⁶ Per vero Gai 2.16, a riguardo dei cammelli ed elefanti, annotava che "... ai tempi in cui si andava fissando quali fossero le *res Mancipi* e quali quelle *nec Mancipi*, di questi animali non era neanche conosciuto il nome". Tale enunciazione, presa alla lettera, comporterebbe che in un lasso di tempo dato fossero stati redatti elenchi dell'uno e dell'altro genere di *res* (il secondo forse per esclusione o meglio per individuazione e *contrario*), e fosse stata pure escogitata la terminologia per indicare i due generi. Avrei molti dubbi al riguardo. Quanto all'espressione *nec Mancipi*, sarà stata usata per opportunità di volta in volta, per individuare se la *res* fosse trasferibile soltanto con *mancipatio* (poi pure mediante *in iure cessio*).

no parte integrante del paesaggio per molto tempo¹⁷. Il che, lo si accenna per inciso, induceva chi praticava la pastorizia a darsi se possibile anche all'agricoltura e viceversa.

2. Restava da individuare il perché, quando e come anche gli altri beni furono compresi nel novero degli oggetti giuridici come *res nec mancipi*, conservando, a riguardo della loro circolazione, le stigmate della loro primitiva considerazione.

È al chiarimento di tale aspetto allora lasciato in ombra che vorrei assolvere con il presente scritto, sempre proponendo ovviamente mere ipotesi ricostruttive, su cui mi atten-do rilievi critici (ma, spero, anche *ad adiuvandum*) dei colleghi.

Per tale problematica, fonti, intese come testimonianze letterarie, non ve ne sono. Tuttavia vi sono soprattutto dati sull'economia antica che, intersecando tracce archeologiche dell'*urbs* che si andava 'facendo', e quindi del contesto sociale, possono costituire un supporto per prospettare almeno qualche soluzione¹⁸.

3. Quando il fenomeno dell'aggregazione di uomini, gruppi, genti¹⁹ si andò consolidando (presumibilmente la seconda metà dell'VIII secolo) e si incardinò quell'intesa secondo cui, a dirla con una espressione sintetica ma efficace, l'esponente al vertice di ogni clan familiare (*pater familias*, *pater gentis*) era "*dominus in domo sua*" e la sua autonomia nelle decisioni interne doveva essere rispettata da tutti gli altri consociati, i beni di pertinenza del clan da salvaguardare *erga omnes* dall'ingerenza altrui erano pochi e tutto sommato poveri²⁰, ma indispensabili. Ripeto: il luogo chiuso di riferimento della famiglia, la capanna di fango e frasche o poco più²¹, la *domus* per l'appunto; lo spazio vitale circostante per garantire la privacy, per riporvi in fosse vettovaglie d'inverno o per accendervi il fuoco, per impiantarvi qualche coltivazione che diremmo orticola, ossia l'*heredium* (i *bina iugera* della tradizione romulea²²); quel 'compagno dell'uomo nel lavoro

¹⁷ SERENI, *Storia del paesaggio agrario italiano*, Bari 1972, 55.

¹⁸ La saggezza di Francesco De Martino a riguardo proprio dell'economia dell'età arcaica gli faceva premettere che egli si fondava su "fonti di informazione tradizionali", ma che, giacché queste sono "attendibili soltanto nelle grandi linee", si sarebbe avvalso pure di "tutte le conoscenze che si possono derivare dall'archeologia, che costituisce fonte diretta, nonché dalla sopravvivenza di arcaiche caratteristiche nella religione e nel diritto dell'età storica, intendendo con questo termine l'età per la quale disponiamo di testimonianze dirette": *Storia economica di Roma antica*, 1, Firenze 1980, 1.

¹⁹ Analisi del processo nei saggi del Guarino raccolti nel volume *Le origini quiritarie*, Napoli 1973.

"L'ipotesi sinecistica non sembra possa esser posta più in dubbio": LABRUNA, "*Quirites*", cit., 341.

²⁰ D'altra parte la *manus* e la *potestas* sulle *personae liberae*, e lo stesso *mancipium* su cose animali e schiavi non appaiono rilevare per i loro contenuti o risvolti economici, anche se il *pater* aveva il *ius vendendi* ed acquisiva beni mercé gli apporti dei sottoposti. Erano piuttosto la estrinsecazione di una sorta di 'sovranità' sul gruppo che ancora al tempo della formazione della *civitas* costituiva, per non dismessa concezione atavica, un aggregato 'politico' autonomo e autarchico.

²¹ Una fotografia di fondi di capanne con buchi per infiggervi pali, attribuiti all'VIII secolo, rinvenuti all'angolo Nord-Ovest del Palatino durante la campagna di scavi del 1948-49, e la ricostruzione della struttura portante lignea che poteva esservi stata eretta in AA.VV., *Storia di Roma*, 1. *Roma in Italia*, cit., di seguito alla p. 240.

²² Sembra ritenerlo il DE MARTINO, *op. cit.*, 6.