

IUS CONTROVERSUM E PROCESSO
FRA TARDA REPUBBLICA ED ETÀ DEI SEVERI



FRA ORIENTE E OCCIDENTE

collana diretta da

ORAZIO LICANDRO E GIOVANNI LUCHETTI

FRA ORIENTE E OCCIDENTE

Comitato scientifico

MARTIN AVENARIUS (Köln), GIORGIO BARONE ADESI (Catanzaro),
JEAN-PIERRE CORIAT (Paris), OLIVIERO DILIBERTO (Roma),
GIUSEPPE FALCONE (Palermo), PAOLO GARBARINO (Alessandria),
PETER GRÖSCHLER (Mainz), DETLEF LIEBS (Freiburg),
BOUDEWIJN SIRKS (Oxford), EMANUELE STOLFI (Siena),
ARMANDO TORRENT (Madrid).

* L'accoglimento di un lavoro nella collana è subordinato,
secondo il procedimento di *peer-review*, alla valutazione positiva di due *referees*
che esaminano il testo con il sistema del *double-blind*.

IUS CONTROVERSUM
E PROCESSO
FRA TARDA REPUBBLICA
ED ETÀ DEI SEVERI

Atti del Convegno
(Firenze, 21-23 ottobre 2010)

a cura di
VALERIO MAROTTA ED EMANUELE STOLFI

«L'ERMA» di BRETSCHNEIDER

IUS CONTROVERSUM
E PROCESSO FRA TARDA REPUBBLICA
ED ETÀ DEI SEVERI

(Firenze, 21-23 ottobre 2010)

a cura di
VALERIO MAROTTA ED EMANUELE STOLFI

Copyright 2012 «L'ERMA» di BRETSCHNEIDER
Via Cassiodoro, 19 Roma

www.lerma.it
edizioni@lerma.it

Tutti i diritti riservati. È vietata la riproduzione
di testi e illustrazioni senza il permesso scritto dell'Editore.

Ius Controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi / a
cura di Valerio Marotta ed Emanuele Stolfi. – Roma «L'ERMA» di
Bretschneider, 2012. – VIII + 414 p.; 20,5 cm. – (Fra Oriente e Oc-
cidente ; 2)

ISBN 978-88-8265-767-3

CDD 937

1. Diritto romano

I. Marotta, Valerio II. Stolfi, Emanuele

INDICE

PREMESSA	VII
Il <i>ius controversum</i> fra razionalità e giustizia	1
CARLO BEDUSCHI	
Casi di <i>ius controversum</i> nella testimonianza di Quintiliano	37
REMO MARTINI-STEFANIA PIETRINI	
Controversialità del diritto e impianto casistico	61
LETIZIA VACCA	
Disciplina processuale delle <i>negotiationes</i> e <i>ius controversum</i>	77
ALDO PETRUCCI	
Il dialogo tra giuristi e imperatori	97
MASSIMO BRUTTI	
I giuristi e il potere: i <i>consilia principum</i>	205
FRANCO AMARELLI	
<i>Iudex e iurisperitus</i> . Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione	213
PATRIZIA GIUNTI	
Quando la <i>disputatio</i> si fa genere letterario: la testimonianza di Ulpiano	253
ANDREA LOVATO	
<i>Dissensiones prudentium</i> , dispute di scuola e interventi imperiali	287
EMANUELE STOLFI	

Realtà provinciale egiziana e documenti della prassi	339
LIVIA MIGLIARDI ZINGALE	
La <i>recitatio</i> degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica	357
VALERIO MAROTTA	
Il ' <i>ius controversum</i> ' nello sguardo dei moderni	387
PIETRO CERAMI	

PREMESSA

Lo sforzo, percepibile soprattutto negli ultimi decenni, di valorizzare alcuni tratti salienti dell'esperienza giuridica romana – l'onnipresenza dei giuristi, il ruolo dei magistrati con cui essi stessi cooperavano, la consuetudine a pensare il diritto come una rete di casi e di azioni – conduce sempre più la storiografia romanistica a interrogarsi sulle dinamiche attraverso le quali si sviluppavano e confrontavano le innumerevoli soluzioni elaborate dalla giurisprudenza, tutte produttive di ius ma inevitabilmente non sempre dello stesso tenore. Declinato il mito del «classico», che tanto aveva inciso sull'idea di una fungibilità degli antichi prudentes (così come sulle raffigurazioni di un unico e metastorico regime di molti istituti, rispetto al quale ogni voce dissenziente doveva essere posta a tacere tramite ipotesi di interpolazione), è in questa prospettiva che ancora rimane in gran parte da scrivere una storia del diritto, anche privato, fra tarda repubblica ed età dei Severi.

Il convegno, del quale vengono qui editi gli Atti, intendeva costituire un contributo in questa direzione, affrontando la controversialità fra le opinioni dei giuristi da diverse prospettive, sia cronologiche che tematiche: dai mutamenti intervenuti con la fine della res publica e l'apparizione di un potere imperiale che da subito ricercò un dialogo con la scienza giuridica, anche al fine di gestirne la massa crescente di dissensionis, alle implicazioni che possiamo cogliere nella prassi processuale (e in un'altra ars che vi era coinvolta, quale la retorica), nella disciplina di settori particolarmente fluidi e mutevoli (quello delle negotiationes, ad esempio, soprattutto se affidate a sottoposti), come pure nei generi letterari coltivati e nelle rappresentazioni del fenomeno fornite dagli stessi giuristi, o nell'effettiva applicazione conosciuta entro le realtà provinciali.

Ne è emerso un quadro variegato e composito, in grado di intercettare alcuni dei più significativi fenomeni che interessarono la vita del diritto nei secoli centrali della storia di Roma. Un quadro che non pretende certo di essere esaustivo, ma

che – nel riprodurre i testi di quasi tutte le relazioni tenute nell’incontro fiorentino, organizzato dall’Istituto Italiano di Scienze Umane in collaborazione con tutte le altre Università toscane (e con la Scuola di dottorato senese ora denominata “Diritto europeo e transnazionale. Diritto di leggi e diritto giurisprudenziale negli ordinamenti giuridici occidentali”) – ci auguriamo possa, come già verificato nei dibattiti di quelle giornate di studio, offrire spunti di riflessione e tracciare le linee di ulteriori e puntuali disamine.

VALERIO MAROTTA

EMANUELE STOLFI

CARLO BEDUSCHI

IL IUS CONTROVERSUM FRA RAZIONALITÀ E GIUSTIZIA

I. FINALITÀ DELL'INTERVENTO

La finalità del mio intervento è di mostrare, anche alla luce di qualche esempio, che il *ius controversum* (cioè la presenza di regole discordanti negli scritti dei giuristi) non è un'evenienza occasionale, dovuta alla pura e semplice presenza di opinioni diverse, ma sottintende un impianto di lavoro di cui il giurista deve farsi carico in modo preciso, per dare un assetto razionale alle questioni portate in giudizio¹. Anticipando in funzione orientativa la conclusione della mia analisi, direi che le opinioni dei giuristi, quand'anche discordi, non sono opzioni personali, ma ambiscono a proporsi come regole di contesto, attraverso operazioni selettive sui 'dati' d'esperienza², per

¹ Ho approfittato della versione scritta per sviluppare in modo un po' più ampio talune considerazioni di ordine teoretico che nella relazione orale erano state solo accennate, ma tengo a precisare che sono ancora del tutto provvisorie, giustificate più che altro dal proposito di richiamare l'attenzione su talune modalità operative che traspaiono dal discorso dei giuristi romani. Siccome i paragrafi IV-VIII hanno solo la funzione di mettere a fuoco in chiave teoretica la trattazione svolta al n. IX, che invece vuole avere un significato pratico, invertendo l'ordine la si potrebbe anche assumere quale premessa ai paragrafi precedenti (come in effetti è accaduto), invece che come conclusione esemplificativa.

² Uso l'espressione 'dato d'esperienza' per indicare quei riferimenti fattuali che vengono assunti come sicuri, o perché condivisi, o perché non contestati (e quindi validi fino a che non vengono messi in discussione), o anche soltanto perché necessari per impostare sul piano operativo un ragionamento, che avrà quindi valore nei limiti in cui non saranno contestati. Questo comporta che all'esito dei giudizi si può

coordinarli fra loro secondo un disegno coerente, con percorsi conoscitivi non dissimili da quelli coi quali in via generale le nostre conoscenze si strutturano portando in luce quegli schemi di pensiero che vanno sotto il nome di generi e specie.

In questo senso il mio intervento vuole essere un contributo alla comprensione del *ius controversum*³, più che alla sua ricostruzione storica, anche se confido che il discorso possa essere utile anche per essa. Del resto non ho difficoltà a dare atto che il mio interesse per il diritto romano è sempre stato quello di risalire alle radici della nostra tradizione giuridica con finalità operative, ed attualmente è rivolto a difendere l'esperienza codicistica, che considero lo stadio più progredito a cui si è potuti arrivare muovendo dall'impostazione romana. Ovviamente, come ogni esperienza giuridica, anche la codificazione ha i suoi inconvenienti, che però potrebbero essere in parte evitati, se fossero rimosse talune sovrastrutture ideologiche che alterano la percezione del fenomeno giuridico⁴. Mi limito qui ad osservare che, paradossalmente, anche se il codice ha avuto come

riconoscere un valore soltanto presuntivo sul piano pragmatico, ed un valore soltanto relativo sul piano logico, non potendosi escludere che le cose siano da affrontare in modo diverso da quel che si è assunto. Ma se il giudizio viene svolto in modo trasparente, la sua forza viene proprio dal fatto che per contraddirne l'esito occorre portare elementi capaci di mettere in discussione in modo attendibile i risultati a cui si era pervenuti. In tal caso il superamento della presunzione è un momento strutturale nella vita del diritto giurisprudenziale, proprio perché esso viene elaborato in chiave argomentativa, ed a questo riguardo non posso fare a meno di richiamare ancora una volta l'attenzione su un passo tratto dall'*enchoridion* di Pomponio (D.1.2.13), che ritengo fondamentale per capire il lavoro dei giuristi romani: *constare non potest ius* (il diritto non può sussistere come tale), *nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cotidie in melius produci* (se non c'è qualche giurista che si prende carico quotidianamente di perfezionarlo), dove il perfezionare coincide col fatto che nella sua applicazione possono sempre venire in luce problemi nuovi.

³ Comprensione nel senso di indagare per quanto possibile le ragioni di ordine sistematico che stanno a fondamento del *ius controversum*.

⁴ Alludo non tanto ai condizionamenti indotti dall'istanza positivista, ormai notevolmente ridimensionati dalla forza stessa dei fatti, ma al suo retroterra ideologico, secondo cui il diritto consiste di prescrizioni munite di sanzioni, perché impedisce la percezione del fenomeno giurisprudenziale. Il codice, e così tutte le codificazioni dalle XII Tavole in poi, sono elaborazioni di una realtà sociale che le precede, dalla quale traggono spunto e nella quale le singole regole devono necessariamente reinserirsi. Far rispettare le leggi è un problema che riguarda l'attività di governo ed attiene

finalità principale quella di rimuovere il *ius controversum*, le logiche operative di cui questo si alimenta sarebbero utili proprio per salvaguardare il sistema su cui esso si fonda.

II. GLI SPAZI DELLA GIURISPRUDENZA

Il modo di procedere dei giuristi romani era incentrato sulla ricerca, nel campo dei rapporti interpersonali, di assetti proponibili come direttive in funzione giudiziaria, ed ha la sua premessa nel ben noto impianto processuale che divideva la trattazione delle cause in due fasi: la fase iniziale *in iure*, in cui veniva impostata la controversia (*iurisdictio*), e quella successiva (*iudicium*), in cui la controversia veniva discussa e decisa.

L'impostazione della controversia aveva la precipua finalità di stabilire in via preventiva in quali limiti ed a quali effetti la contesa fra le parti poteva essere prese in considerazione, ed aveva luogo attraverso schemi (*formulae*) che sotto forma di quesito, cioè di approfondimento da svolgere, definiva il contenuto del rapporto ed il possibile esito della lite. In questo modo la contesa fra le parti assumeva i caratteri della controversia, cioè profili molto precisi, che costringevano le parti a sostenere le loro pretese con argomenti che dovevano rispondere in modo coerente al quesito proposto, ed al tempo stesso antagonista rispetto agli assunti avversari (*contra vertere*). Ciò consentiva di valutarli non già per la loro più o meno generica plausibilità, ma per la specifica rilevanza che potevano assumere nel contrastare quelli avversari, e rendeva effettivamente possibile prender posizione in termini di ragione e di torto con percorsi taglienti. Questa è stata fin dall'età arcaica la grande risorsa che ha consentito alla giurisprudenza romana di declinare il diritto in termini di una razionalità al tempo stesso sostanziale, perché ispirata ai contesti di vita, e formale, perché sviluppata attraverso schemi logici⁵.

quindi alla politica, più che al diritto, che invece ha il suo spazio nel portare in luce le condizioni per una loro corretta applicazione.

⁵ In questa sede il termine 'logico' viene utilizzato per indicare i percorsi di pensiero che si svolgono in termini linguistici, cioè attraverso schemi mentali convenzionali, ma sulla premessa che i loro contenuti, nel campo del diritto, devono essere attinti direttamente nel campo della prassi, cioè delle esperienze operative, tanto da non poter essere facilmente gestiti coi canoni della logica classica. A sua volta il ter-

Questo impianto del giudizio, che costringeva le parti ad un confronto in cui la prevalenza dell'una toglieva necessariamente di mezzo l'altra, indipendentemente dal fatto che non fosse del tutto priva di ragioni, risulta particolarmente evidente nella *legis actio sacramenti in rem*, preordinata all'accertamento della proprietà, dove il giudizio era ammesso costringendo ognuna delle due parti ad indicare il titolo, cioè la ragione, con cui si opponeva all'altra. Ma anche nel processo formulare, nonostante la minor rigidità degli schemi in chiave equitativa, la funzione del pretore era rimasta fondamentalmente quella di fissare preventivamente l'assetto del rapporto controverso per costringere le parti a confrontarsi in termini rigorosamente alternativi. Per inciso, ancora in età classica erano previste pesanti sanzioni a carico di coloro che promuovevano il giudizio o resistevano in modo ingannevole, allegando fatti non veritieri.

In questo contesto è un dato di fatto che la giurisprudenza si è sviluppata fondamentalmente nello spazio interposto fra *iurisdictio* e *iudicium*, come elaborazione di direttive di giudizio suggerite dalla logica della controversia⁶.

mine *logos* qui viene utilizzato per alludere alle sole strutture linguistiche elementari, cioè alle singole parole, assunte come strumenti per attingere alla realtà, a fianco della esperienza operativa; questo perché la componente linguistica condiziona in modo determinante l'approccio stesso alla realtà, e non soltanto i discorsi che vi si vogliono poi far sopra. Quale che sia l'interpretazione che si voglia dare sul piano filosofico a questa situazione, la contrapposizione linguaggio-realtà (inteso il primo come risorsa conoscitiva offerta dalle parole e la seconda come risorsa conoscitiva offerta dall'esperienza) è imprescindibile per affrontare i contenuti del diritto, per la necessità di non perdere di vista la componente pragmatica che sorregge le azioni e la componente comunicativa offerta dal linguaggio.

⁶ Per *iurisdictio* è da intendere in senso molto stretto la funzione esercitata dal pretore, di stabilire in linea di principio se e in che termini un rapporto controverso meriti di essere preso in considerazione, convertendo le pretese delle parti in un assetto di rapporto compatibile con gli assetti della *civitas*. Il *iudicium* invece comporta di decidere se le condizioni poste dal pretore sussistono o meno. A questi effetti è importante tenere distinto il puro e semplice accertamento dei fatti (*an verum sit*) dalla valutazione della loro rilevanza rispetto all'*actio* (*an rectum sit*), perché è solo questo il segmento di giudizio a cui, fin dall'età pontificale, si sono applicati i giuristi, e non a caso; esso infatti richiede, prima di decidere, che sia portata in chiaro (e cioè sia giustificata) la rilevanza da assegnare alle situazioni ed ai comportamenti allegati dalle parti a sostegno delle loro pretese. Oggi non è facile percepire questo segmento del giudizio, perché assorbito in modo indistinto nella funzione giudiziaria, anche

In quanto direttiva di giudizio, l'enunciato giurisprudenziale non è propriamente né prescrizione né decisione, ma semplicemente una proposta che porta in luce condizioni di correttezza a cui il giudizio dovrebbe attenersi. È chiaro che il contenuto della proposta è già esso stesso esito di un giudizio, così come lo è quello della legge o dell'editto, ma occorre non perdere di vista che il suo impianto operativo è diverso da quelli. Tralasciando per ora altre importanti differenze, si può senza difficoltà constatare che mentre la legge introduce direttive generali ritenute importanti per la comunità (quindi effettivamente può essere assunta come prescrizione), e mentre l'editto pone a sua volta le condizioni operative per l'esercizio della funzione giurisdizionale⁷, l'enunciato giurisprudenziale si colloca al livello concreto delle controversie, di cui sorveglia sia l'impostazione, con riferimento alle *formulae*, sia lo sviluppo, con riferimento ai problemi che ne derivano.

Più esattamente, il segmento di giudizio coperto dalla giurisprudenza era quello che, muovendo da premesse date (che potevano essere una prescrizione legislativa o una clausola edittale o una formula o anche una clausola contrattuale), si faceva carico di quelle circostanze che, avendo una significativa ricorrenza nelle vicende ordinarie della vita, dovevano assumere rilevanza a livello normativo, nel senso di trovar loro un'esatta collocazione. Le altre, quelle puramente occasionali o comunque condizionate in modo troppo particolare dagli intrecci del caso in discussione, restavano demandate alla fase finale del giudizio, affidata ad un *iudex* o *arbiter*, i quali avevano solo il compito di pronunciare il verdetto finale, secondo quel che a loro pareva più attendibile, avuto riguardo alle risultanze istruttorie, quindi al di fuori di qualunque canone normativo (nel senso che, se se ne fosse presentato lo spazio, avrebbe generato giurisprudenza). La loro pronuncia doveva infatti tener conto anche dei fattori più contingenti (compresa, al limite, la credibilità dei testi), tali da non poter assu-

se riaffiora a tratti in quella sfuggente distinzione fra *quaestio facti* e *quaestio iuris* che ricorre sovente nelle pronunce della Cassazione; ma se ci si colloca nell'ottica delle ricorrenze, non è difficile capire che il *ius* consiste proprio nel dare al caso concreto una corretta collocazione di contesto, che possa valere anche in via generale.

⁷ Questa distinzione si potrebbe oggi ricondurre al potere regolamentare, se invece di intenderlo come un potere legislativo minore gli si potesse restituire il carattere originario, di limite all'esercizio della funzione.

mere rilevanza in termini di *ius*⁸. Si può dire dunque che nell'esperienza giudiziaria romana emergevano tre funzioni distinte, alle quali corrispondevano percorsi di pensiero diversi: il pretore dispone, il giurista propone, il giudice decide⁹.

In questo contesto la funzione del giurista, attuativa di quanto disposto dal pretore (o dalla legge), ed al medesimo tempo orientativa in ordine alla decisione che il giudice doveva prendere, era percepita e presentata da Ulpiano (D.1.1.10, *libro primo regularum*) come assidua ricerca (*constans et perpetua voluntas ...*) di un assetto capace di dar conto delle ragioni vantate dall'una e dall'altra parte (... *ius suum cuique tribuendi*). È appena il caso di precisare che in questa prospettiva il *ius suum* ha ben poco in comune con l'odierna concezione dei diritti soggettivi; esso infatti esprime soltanto una condizione obiettiva del rapporto, che si rifrange in modo positivo o negativo sulle due parti in conflitto, secondo la posizione da loro occupata. Il *ius* del debitore è in linea di principio quello di pagare, e solo in circostanze marginali quello di esserne esonerato¹⁰.

⁸ Anche i *dicta* dei giuristi possono essere presentati come opinioni personali, alla stregua delle sentenze, ma in questo modo si va a perdere di vista la loro vera valenza, che è logico-giuridica; essi infatti, a differenza del verdetto giudiziale, si mantengono nell'alveo del discutibile, come espressione di un pensiero formulato a livello razionale, cioè controllabile, che fonda la sua autorevolezza sul fatto di risultare condivisibile. A questi effetti la personalità dei giuristi resta del tutto irrilevante, anche se può essere interessante sul piano sociologico, in quanto i contenuti del *dictum* devono comunque essere affrontati in una prospettiva strettamente funzionale all'impianto della controversia.

⁹ Si potrebbe anche dire che il magistrato aveva la funzione di impostare il giudizio, il giurista quello di indicare i passaggi necessari per il suo corretto svolgimento, il *iudex* quella di dargli attuazione. La configurazione unitaria della funzione giudiziaria, affermata con la *cognitio*, ha messo in ombra queste differenze, ma resta in ogni caso da sottolineare che nel campo del giudizio vi è sempre un segmento che esige di essere affrontato in chiave normativa ed uno che inevitabilmente deve essere affrontato in chiave arbitrale (cioè non normativa), perché in ogni controversia è possibile spingere il contraddittorio fino ai dettagli più minuti ed alle interferenze più occasionali, dove l'intreccio degli elementi in gioco solleva questioni che non sarebbe possibile affrontare con parametri precostituiti. È in ogni caso da riconoscere che ancora oggi quella concorrenza di funzioni non è del tutto perduta ed affiora come obbligo di motivare la sentenza.

¹⁰ Con questo non è a dire che manchi la possibilità di assumere sotto la categoria moderna del diritto soggettivo anche gli enunciati dei giuristi romani, ma quando ciò avviene (ed indubbiamente la compilazione del Digesto è già un passo in questa direzione) si è ormai fuori dall'impianto giurisprudenziale vero e proprio, ed il senso degli

III. L'IMPIANTO DEL DISCORSO GIURISPRUDENZIALE

Il procedimento di pensiero adottato dai giuristi romani viene a volte presentato come astrazione, ma in questo modo lo si travisa gravemente, perché esso si fa carico di affrontare, e non semplicemente di rimuovere le particolarità presenti nel caso considerato. Altri parlano di isolamento, ed in effetti è vero che il giurista nell'affrontare un rapporto lo ripulisce dal magma delle questioni correlate; ma quel termine evoca soltanto il risultato, non fa luce sul procedimento con cui vi si perviene. Nemmeno giova parlare di analisi (nel senso tecnico di scomposizione), perché si richiede qualcosa di più, e cioè di portare in luce non brandelli di esperienza, ma al contrario assetti che abbiano senso compiuto nell'ambito entro cui la contesa si svolge. Nel lavoro del giurista l'analisi, che pur non può mancare, deve necessariamente sfociare in una sintesi, che coordini fra loro gli elementi raccolti e li ricollochi nel contesto sulla base di un assetto coerente. In questo senso, proprio per sottolineare che il discorso giurisprudenziale deve concludersi con delle proposte capaci di dare al rapporto controverso una coerenza interna plausibile, sembra più appropriato il termine 'individuazione', salvo chiarirne meglio la portata¹¹.

Nel linguaggio corrente l'individuazione è intesa quasi sempre come 'riconoscimento', cioè come rilevazione di qualcosa sulla base di caratte-

enunciati viene per così dire capovolto: da esiti di un giudizio dotato di un retroterra concreto si convertono in premesse di giudizio da far valere attraverso la loro formulazione linguistica: 'Ulpiano ha detto ..., quindi ho diritto'. Il risultato è che, man mano che si perde la consapevolezza dell'impianto originario, si rischia di pervenire anche a gravi fraintendimenti del *ius*.

¹¹ La semantica di questo termine è piuttosto tortuosa. Il latino classico conosceva soltanto l'aggettivo, *individuus*, introdotto dal greco per indicare ciò che non è divisibile, ad esempio un uomo. Nel medioevo, nel tentativo di trovare il fondamento razionale di questa realtà intuitiva, l'attenzione si era spostata dal mero dato di fatto alla ragione che lo giustificava (il *principium individuationis*), poi da lì, in età moderna, sull'operazione logica sottostante, e questo è ancora oggi il significato del termine 'individuare', come operazione che conferisce ad una realtà il carattere che la distingue. Solo che, mentre nell'uso corrente si continua a dare all'operazione un carattere fondamentalmente analitico, cioè ricognitivo sulla base di riferimenti precostituiti, già presenti nella mente quanto meno a livello intuitivo, se si vuole entrare nello spirito della giurisprudenza romana occorre riconoscere al processo di individuazione una funzione fondamentalmente creativa.

ristiche già note, o al più come 'inquadramento', cioè riduzione dei dati disponibili entro schemi dotati di specifica rilevanza (ad esempio lo schema della *mancipatio*, ottenuto coordinando gesti e parole, o quello della *traditio*, ottenuto in termini di puro ragionamento sui fatti). Ma parlando di inquadramento avremmo dato atto bensì di una operazione unificativa, e non puramente ricognitiva, ancora una volta però in termini sostanzialmente 'passivi', che evocano lo schema, ma non lo governano. Per cogliere i percorsi razionali nella loro attitudine creativa (quella per intendersi che consente di costruire i contenuti di pensiero secondo le necessità), occorre collocarsi in una prospettiva opposta a quella dell'astrazione, e non saprei trovare al momento termine più appropriato del verbo 'sviluppare'. È un dato di fatto che il discorso giurisprudenziale, muovendo dalla impostazione abbastanza semplice delle formule, poteva arrivare a costruzioni anche molto complesse, e valga per tutti l'esempio della *traditio*: a quali condizioni merita di essere assunta come atto costitutivo della proprietà in capo all'*accipiens*?

Si tratta di una figura interamente costruita col ragionamento, attraverso la valutazione delle circostanze che potevano giustificare come risultato il trasferimento della proprietà, che dimostra in modo evidente la presenza di un percorso che è conoscitivo e costruttivo al medesimo tempo (esattamente come lo è la costruzione di un qualunque attrezzo, anche di un chiodo o di una vite), nel quale l'interesse perseguito (trasferimento della proprietà) genera un assetto capace di assolvere in via generale ad una funzione: assetto, perché è la risultante di più elementi (o fattori); coerente, perché si propone come un segmento di realtà dotato di una propria specifica rilevanza, quello che Aristotele, con espressione molto appropriata, designava come *synolon* (tutt'uno), anche se poi si è trovato più comodo assumerlo come entità non divisibile (*individuum*, appunto), nel senso di non poterla scomporre senza perderne la presenza; funzione, infine, perché porta con sé un risultato, che si consegue nel momento stesso in cui l'assetto viene messo in opera.

IV. GLI SCHEMI DEL PENSIERO

Nella tradizione linguistica i richiami ai contenuti di pensiero evocati attraverso le parole vanno sotto il nome di 'idee', ma questo termine può sollevare riserve, per la sua vaghezza, ed anche per il fatto di avere al tem-

po stesso valenze troppo specifiche in alcune dottrine filosofiche. Qui, in relazione ai problemi che si devono affrontare, proporrei di sostituire al termine *idea* l'espressione 'punto di vista', per sottolineare che i contenuti di pensiero evocati dalle parole non sono altro che dei rinvii selettivi, attraverso il dato linguistico, a contesti di esperienza¹² che occorre recuperare dal contesto concreto, senza fermarsi alla sola dimensione linguistica. Che valore può avere un nostro ragionamento, se non muove da adeguati riscontri nella realtà?

Ad esempio, la parola 'compravendita' evoca un'esperienza nota a tutti. Tuttavia, sul piano operativo, per stabilire se un rapporto intercorso fra le parti si può davvero affrontare in termini di compravendita, il suggerimento intuitivo che viene dalla parola non basta, così come da soli non bastano i fatti di cui ci si sta occupando, ma occorre avere padronanza dello schema che fa essere la compravendita quello che è, e in base ad esso valutare se ed in che limiti quei fatti sono davvero compatibili con la funzione svolta dalla compravendita. D'altra parte una stessa vicenda può facilmente assumere contemporaneamente configurazioni diverse, a seconda del punto di vista adottato. Valga per tutti il famoso aneddoto ricordato da Cicerone (*De off.* 3.14.60), in cui il banchiere siracusano, facendo credere con un artificio che il mare davanti alla sua proprietà fosse particolarmente adatto alla pesca, riesce a farla comprare dal suo ospite, per di più ad un prezzo esorbitante: c'è la vendita e c'è la truffa, a seconda del modo di coordinare gli elementi disponibili, e addirittura c'era stata l'annotazione delle somme dovute (*nominata*), che la rendeva un'assunzione di debito esigibile indipendentemente da tutta la vicenda intercorsa¹³.

¹² Col termine *esperienza* si allude qui, in via del tutto generale, al rapporto del soggetto col contesto entro cui vive. Il contesto, in quanto tale, può venire in considerazione sotto il profilo pragmatico, come vita vissuta, oppure sotto il profilo teoretico, come oggetto di riflessione. Il divario è notevole, perché la rilevazione teoretica, per quanto ci si sforzi di evitarla, soffre sempre di unilaterale.

¹³ I giuristi romani in realtà, grazie alle *actiones*, che affrontavano i profili patologico del rapporto, si spingevano anche più in là, e tenevano distinta ad esempio l'*actio venditi* dall'*actio empti*, e non avevano difficoltà ad ammettere che nell'ambito di un medesimo rapporto si potessero promuovere azioni diverse a seconda dell'interesse in gioco, ad esempio *actio pro socio* (se si pretendeva il rendiconto), *actio mandati* (se si pretendeva la consegna), *actio furti*, se si lamentava l'appropriazione, *actio legis Aquiliae*, se si lamentava il danneggiamento, e via dicendo. Va da sé, e risulterà più chiaro

In sostanza, mentre col termine 'idea' si allude, come nel lessico greco, alla presenza statica, nel pensiero, di schemi che rievocano l'esperienza come se ne fossero l'immagine, con l'espressione 'punto di vista' si assegna al dato linguistico una dimensione dinamica, quella di orientare il pensiero sul modo di muoversi all'interno del contesto fattuale di cui ci si sta occupando, per portare in luce, se ed in quanto possibile, quel che interessa.

Tornando alla *traditio*, è facile constatare che la parola di per sé richiama un'esperienza della vita ordinaria assai semplice, la consegna di una cosa, assunta però in una funzione tutt'altro che elementare (trasferimento della proprietà), che si traduce in una sequenza di relazioni molto complessa. Proviamo a partire dalla dimensione assolutamente minima necessaria, strettamente fattuale, rappresentata dalla presenza di due soggetti (A, B), che indichiamo come relazione a-b, su cui si inserisce la relazione che essi hanno con la cosa (C). Ne deriverebbe una coppia di relazioni, a-c, b-c, che però, dovendo essere affrontata in prospettiva dinamica, comporterebbe di scomporre ciascuna delle due relazioni quanto meno in due momenti, l'antefatto ed il postfatto. Arriveremmo così a due coppie simmetriche e fra loro alternative: la relazione 1 (A possiede C) e la relazione 1 bis (A non possiede C) come pure la relazione 2 (B non possiede C) e la relazione 2 bis (B possiede C). Con tutto questo però saremmo ancora ben lontani dalla struttura della *traditio*, perché mancano del tutto gli elementi più importanti: le ragioni del mutamento e le conseguenze che ne derivano.

Il fatto è che la *traditio* si configura come 'operazione', cioè come iniziativa preordinata ad un risultato, per cui ognuna delle tre relazioni che sono state portate in luce deve contribuire ad esso assolvendo ad una propria specifica funzione, come ad esempio 'lasciare' (la relazione a-c), come "prendere" (la relazione b-c) e come 'trasferire' (la relazione a-b). D'altra parte le tre relazioni non coesistono sullo stesso piano, perché la terza, 'trasferire',

nel prossimo paragrafo, che con questa impostazione il rapporto poteva tranquillamente finire sotto nomi diversi, e non perché se ne prendessero in considerazione porzioni distinte (esso restava quello che era), ma solo perché lo si affrontava da prospettive diverse. Questa impostazione non era priva di inconvenienti, soprattutto in termini di responsabilità, perché ogni *actio* aveva le sue regole, e non v'è dubbio che fosse compito del pretore farsene carico nel momento in cui concedeva l'azione, mentre restava compito della giurisprudenza sviluppare le conseguenze che ne derivavano, coordinando fra loro gli elementi disponibili. Un quadro suggestivo di questi problemi è offerto in tema di deposito da Ulpiano in D.16.3.1.9-14, con richiami a Pomponio.

svolge indubbiamente un ruolo dominante, in quanto esprime il risultato a cui è preordinata l'intera operazione, ma non può sussistere senza il concorso delle altre, le quali peraltro solo se ed in quanto sono rese partecipi della medesima finalità assumono a loro volta quella specifica rilevanza che le rende importanti, anzi, necessarie. Il fatto più notevole quindi è che la relazione a-b, colta come intenzionalità di trasferire, non si limita a collegare fra loro le altre due, ma le condiziona, imprimendo ad esse una rilevanza specifica che di per sé non avrebbero, e senza la quale la figura *traditio* non può venire in essere. Questo esempio dovrebbe mostrare in modo sufficientemente chiaro che nel campo del diritto conoscere e costruire sono una medesima cosa.

A questo punto è evidente che se pensassimo di formalizzare con dei simboli le interferenze che vengono in gioco, come si è fatto con le relazioni iniziali, cadremmo in un ginepraio inestricabile, in quanto alla funzione logica ordinaria delle relazioni, di incorporare delle variabili all'interno di uno schema costante (a-b), si aggiunge quella di adattare le variabili al risultato, esattamente come succede nella vita ordinaria: se devo piantare un chiodo e non ho il martello, posso ricorrere ad un sasso o a qualunque altro oggetto mi riesca di usare in modo di raggiungere il risultato; e se poi mi trovassi nella necessità di usare un chiodo senza averlo, potrei arrangiarmi cercando qualcosa di equivalente: cambierebbe il mezzo, ma non la funzione.

L'importante è rendersi conto che questa estrema flessibilità, gestita a livello linguistico, può dar luogo a grossi inconvenienti, perché il linguaggio consente di assumere interi blocchi di esperienze in modo "virtuale" e di proporli come se si avessero sottomano nella loro effettività, mentre sono pure evocazioni. Il rischio è di affrontare i problemi che interessano perdendo di vista la realtà che li riguarda. La parola infatti consente di evocare esperienze già acquisite per affrontare esperienze nuove; ma se sono state acquisite solo in chiave linguistica, magari per sentito dire, e non si presta attenzione, è facile che vadano ad inserire nel campo che si intende affrontare fattori derivati da contesti estranei, creando rapporti inattendibili con la realtà.

Da notare che una delle funzioni delle *actiones* era stata proprio quella di utilizzare parole fisse, nella persuasione che vi corrispondessero dei significati univoci, il che si era ben presto ritorto in danno del diritto, perché le esperienze della vita erano in realtà estremamente variegata. Come Gaio ricorda, siccome le XII Tavole parlavano di *arbores*, si rischiava di per-