

OS ROMANOS E O DIREITO.
ISTO É: FUNDAMENTOS E FORMAS DO DIREITO NA
CONCEPÇÃO ROMANA

*The people of Rome and the law. Or: background and ways of
law in a Roman concept*

Alessandro Corbino¹

RESUMO

O direito romano foi uma experiência única, modelo para muitas outras experiências históricas, ao propor a composição do equilíbrio possível (e, portanto, aceito) às várias instâncias que estão na base da disciplina social. Os romanos não inventaram o direito como instrumento de regulação social, mas quiseram que seus especialistas fossem expostos a uma verificação social cotidiana, de modo a serem reconhecidos pela eficácia. O direito era visto como o resultado que um especialista sabe retirar de uma regra: o significado aplicativo que ela contém. Não é a regra que disciplina as atividades humanas, mas o significado dela. O direito era um fato de relevância política das regras, que são, sobretudo, de costume; não são verdades eternas, mas somente universais, sempre superáveis e reformáveis. O estudo histórico leva à reflexão do quão preocupante é a distância que nosso tempo parece manter da visão cultural que os romanos tiveram do fenômeno jurídico e da conseqüente percepção da potencial capacidade do direito de governar a complexidade social.

Palavras-chave: Direito Romano; Interpretação; Linguística; Política; Regra.

ABSTRACT

Roman law was a unique experience, a model for many other historical experiences. It has proposed the composition of the possible balance (accept) to the various instances which are at the basis of social discipline. Romans did not invent the law as an instrument of social regulation, but they expect that their experts were exposed to a daily social verification in order to recognized their effectiveness. The law was seen as the result that

¹ Professor Titular da Universidade de Catânia. Sicília - Itália. *E-mail:* <acorbino@lex.unict.it>. Texto recebido em 20.03.2009.

a specialist knows how to extract from a rule: the application meaning that it contains; rule does not order human activities but its significance does. The law was a fact of policy relevance of the rules, which are mainly custom. They are not eternal truths, but only universal, always surmountable and retreading. Historical study leads to reflections on how worrisome is the distance that our time seems to keep from the Romans' cultural view about the legal phenomenon and the perception of the right's potential capacity to rule the social complexity.

Keywords: Interpretation; Linguistic; Politics; Roman Law; Rule.

1. Uma ideia muito divulgada – e sobre a qual, recentemente, também chamou atenção o título de um elegante e apreciado volume de *Aldo Schiavone* – é aquela segundo a qual os romanos teriam “inventado” o direito, no sentido de que eles teriam, em primeiro lugar, dado corpo a uma ideia de direito como fruto de um saber específico, cientificamente cultivado. A existência de uma *scientia iuris* teria diferenciado a experiência romana de qualquer outra, fundando as sortes do seu direito na história.

Essa avaliação historiográfica capta com certeza um dos aspectos centrais da visão romana do direito, mas, merece, segundo minha humilde opinião, algumas ponderações.

As razões pelas quais o direito romano configurou-se como experiência única, propondo-se como modelo para muitas outras específicas experiências históricas que nele se inspiraram – mais ou menos explicitamente – não podem se restringir ao simples fato dele ter sido objeto de uma elaboração confiada a uma classe de especialistas.

2. Certamente, não há dúvida de que os romanos tiveram sempre uma elevada consciência (maior do que se possa verificar em outros lugares) da irredutibilidade do direito à regra e da importância autônoma que assume, portanto, o seu significado (mais que sua ordem) para o fim da disciplina dos fatos.

Isso é provado pela terminologia adotada. Regras e direito são fatos indicados com expressões linguísticas que não coincidem. Ao passo que as regras representam – dependendo das suas respectivas modalidades de constituição – o que os romanos denominam *leges* e *mores*, o direito é expresso por um sinal linguístico diferente. Este é *ius*, “outro”, portanto, em relação às regras vigentes. Obviamente, trata-se de um “outro” que intimamente depende daquelas, mas que, todavia, com aquelas não coincide ou, pelo menos, não coincide necessariamente.

Uma significativa circunstância nos informa acerca disso.

Com *ius*, os romanos não indicam tão somente o “direito”, mas também o “caldo”. Lembram-nos diretamente disso *Catão* e *Apício*. Ressaltam-nos isso *Plauto* e *Cicerone*, por meio de suas ironias sobre o tema. Para o comediógrafo, as juras dos amantes são *ius confusucium*, um caldo de elementos espertamente mesclados para deixá-los irreconhecíveis e, portanto, não invocáveis. Para o orador, que se referia aos abusos do governador na administração da justiça na Sicília, do edito de Verre descendia *ius verrinum*, “direito de Verre”, justamente, mas também, “caldo de porco” (consequentemente, um alimento não propriamente refinado), segundo o significado concorrente que a expressão pode se revestir.

Essa identidade de expressão não deve causar estranheza.

O caldo é resultado, como é bem sabido, de uma operação culinária de extração de um líquido de uma substância (uma carne ou um vegetal), que se realiza por meio de uma especial atividade técnica: o cozimento dela por modalidades que permitem precisamente a produção de um “caldo”, do líquido que permanece. A sua qualidade pode ser refinada ou grosseira, dependendo da qualidade da substância tratada, mas também da habilidade do cozinheiro.

O direito é também fruto de uma operação prática parecida (ou seja, voltada ao alcance de um resultado específico, concretamente útil). É o resultado, da mesma forma, de uma atividade de extração: desta vez, exercida partindo de uma realidade conceitual (a regra existente), com uma técnica também conceitual, voltada a dela extrair seu significado utilizável.

Ius pode bem indicar, portanto, o fruto de duas operações idênticas, mesmo que diferentes sob a ótica do objeto ao qual estão voltadas e do resultado que elas geram. Como o caldo é aquilo que o cozinheiro, utilizando sua habilidade, sabe extrair de uma carne ou de um vegetal, assim o direito é o resultado que um especialista (por meio de sua habilidade adquirida) sabe retirar de uma regra: o significado aplicativo que ela contém.

3. O que ainda deve ser ressaltado não é somente esse peculiar fato linguístico.

Segundo nossa visão, deve-se de fato revelar o papel absolutamente preeminente reconhecido pelos romanos – na disciplina dos fatos e das atividades humanas – ao *ius*, comparado às regras que permitem a produção dele. Seu ordenamento é constituído pelo *ius civile*, não pelas *leges* e pelos *mores* da cidade; sua referência é feita ao “*ius*” *praetorium*,

não ao *edictum* do pretor; é ainda ao “*ius*” *gentium*, não às *leges* e aos *mores* vigentes nas populações civis. A atividade ordenadora do magistrado é “*iuris*” *dictio*, não *regularum* “*dictio*”. E assim por diante.

Na visão dos romanos, portanto, não é a regra que disciplina as atividades humanas, mas o seu significado. Em primeiro plano não estão, portanto, *leges*, *mores* e outros atos reguladores aos quais foi eventualmente atribuída, ao longo do tempo, igual função normativa, mas está o *ius*. O que os romanos utilizam não são diretamente aqueles atos reguladores. O que eles utilizam são – como ressalta *Gaio* – os “*iura*” *populi Romani*.²

Diferentemente dos outros, os romanos (como a linguagem adotada evidencia) viram no “direito” um fato de relevância “política” significativa (no sentido do interesse da *polis*) das “regras”. Isso não significa que o tenham “inventado”. A percepção da não consciência entre regra e seu significado é um dado de experiência geral: onde existem regras, existem intérpretes delas; onde se deve aplicar uma regra, é necessário que se realize a atividade interpretativa que dá concreta possibilidade de se fazer referência a ela. Eles se preocuparam, porém, em regulá-lo (isso sim, com maior atenção do que em outros lugares).

E, todavia, não perceberíamos completamente o sentido de sua experiência, se nos limitássemos a esse dado puramente exterior.

Importante, decisivo, pelo fato de ser representativo de sua visão, não foi o fato de ter dado evidência ao direito e de tê-lo regulado, mas sim a maneira como aquela evidência foi dada (a linguagem utilizada) e a maneira como ele foi regulado.

Ter utilizado – com o conjunto de fatores evocativos que ela contém – a expressão “*ius*” permitiu, de fato, aos romanos fixar uma ideia de “direito” não puramente formal. Assim, como as modalidades pelas quais eles disciplinaram produção e aplicação, condicionaram, por sua vez, os conteúdos substanciais do seu direito, orientando-os para uma direção que teria justificado a especial relevância histórica que ele teria assumido sucessivamente.

4. O ter visualizado no “direito” uma operação técnica assimilável (e, portanto, descritível com o mesmo sinal linguístico) àquela que exerce

² Gai. 1.2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

o cozinheiro quando prepara o caldo, não é um fato isento de importantes indicações.

Primeiramente: entre regra e direito há uma relação necessária (como entre substância, carne e vegetal e caldo; sem a primeira não poderia existir a segunda, como aconteceria se quiséssemos extrair caldo de ossos). Não pode haver direito se não houver regra que o contenha. Portanto, sem uma “indicação política” (assim é sempre, de fato, a regra da qual se pode extrair direito: um elemento fundamental, que é o conjunto de legitimação da atividade normativa, e de “limite”, dentro do qual ela deve ser contida), a enunciação de um critério de ordem não poderia ter força de “direito”.

Sucessivamente: não pode haver bom “direito” se a operação não for confiada a um especialista. Como é o “cozinheiro” (um especialista, assim definido pela habilidade adquirida) que dá prestígio ao caldo, assim é o “jurista” (*iurisperitus*, o especialista que elabora a regra) que dá prestígio ao “direito”. Qualquer sujeito pode atribuir significado a uma regra, assim como qualquer um poderia se arriscar na cozinha. Mas, somente o *expert* dará ao significado que ele extrairá da regra valor de “direito”. Ele não fará disso um “caldo”, um “*ius*” qualquer, mas um resultado de prestígio. Portanto: da mesma forma que a “regra” é essencial, assim é essencial, para a produção do direito, o “intérprete”. Como a cidade deve dar atenção à criação da regra (que é efetivamente tarefa coletiva), assim ela deve dar igualmente atenção a sua interpretação, à atribuição à regra do significado que constitui o pressuposto aplicativo indispensável dela.

Não é portanto a “forma” que vale. Não basta a consciência da diversidade do direito comparado com a regra. É preciso muito mais. É preciso – partindo daquela consciência – preocupar-se em fazer com que os que extraem “direito” das regras sejam os capazes de atribuir a ele uma função prática, útil, de prestígio.

É por isso que os romanos não se preocuparam somente em regular a atividade interpretativa, confiando-a a intérpretes treinados, ou intérpretes profissionais (como sempre foram, certamente, para eles os “juristas”, assim reconhecidos pela coletividade). Isto aconteceu – e ainda acontece, em certa medida – em outras experiências (basta pensar no papel dos mandarins na China ou no das castas sacerdotais hebraicas ou islâmicas; como também se pode pensar na relevância atribuída à interpretação das cortes supremas judiciárias dos países modernos e aos vínculos que delas derivam).

A visão dos romanos nos explica as razões pelas quais eles sempre classificaram os “juristas” não como *experts*, reconhecidos em função de seu saber “isolado” do mundo e do tempo, mas como *experts* de um saber fundado na experiência do mundo e do tempo.

Os “juristas” foram para os romanos os que se revelaram “*experts*” – porque dedicados com sucesso à boa prática – das coisas divinas e humanas.³

Era-se “jurista” pelo fato de ser “outro”: sacerdote (*expert* nas práticas religiosas necessárias para manter constante a benevolência dos deuses sobre a cidade), mas também pessoas de reconhecida sabedoria, porque acostumadas ao exercício (ao lado das sacerdotais) também das funções políticas. O sacerdote romano não era – como eficazmente escreveu *Schulz* – “homem de Deus”. Ele era pessoa de alto escalão social. Tinha acesso aos sacerdócios quem tinha uma posição econômica (alcançada, com o sucesso militar e social, pelos próprios ascendentes) que lhe permitia o desenvolvimento de atividades públicas e quem prestasse também serviços meritórios à cidade, em tempos de paz e de guerra. Tornava-se sacerdote, via de regra, após ter sido magistrado (revestindo-se, aliás, ao mesmo tempo, com as duas funções).

Esse pressuposto substancial necessário para ser considerado jurista (e para que, conseqüentemente, a relativa atividade interpretativa pudesse ser considerada produtiva de “direito”) conservou-se para sempre. Mesmo quando não se demonstrou mais indispensável, como antes, a concorrente qualidade sacerdotal.

O jurista pôde se tornar, conseqüentemente, um “laico”. Todavia, somente se gozasse do reconhecimento público de sua reconhecida competência em matéria de relações humanas.

O jurista – como escrito por *Bretone* – não dedicava todo seu tempo ao direito. O jurista era um cidadão considerado um conhecedor de um setor do saber e da vida social, pois estava socialmente qualificado pelas suas atividades públicas progressas.

O sinal distintivo do jurista era o ser “*consultus*”, ter a própria residência frequentada por aqueles que a ele se voltavam livremente para dele receberem conselho desinteressado (por isso, gratuito). E eram *consulti* os que se destacavam no exercício de cargos públicos, que davam prova de seu saber fazer.

O direito é ciência prática. Disciplina as atividades dos homens. Deve dar indicações que garantam o seu sucesso ou, pelo menos, uma regulamentação aceita (em relação aos objetivos: sejam eles relações pessoais e familiares satisfatórias, relações econômicas equilibradas,

³ D. 1.1.10.2 (Ulp. 1 *reg.*): *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*

relações de negócios reciprocamente úteis). Portanto, uma eficaz identificação dela pode advir somente de quem soube se destacar (pelo apreço geral alcançado) no difícil exercício das funções públicas.

Essa é uma característica que nunca deixará de existir.

Não há época – na experiência romana – na qual a qualidade de “jurista” não tenha dependido de uma legitimação “política” (quero dizer, expressa pela coletividade diretamente ou por meio dos mesmos órgãos do governo). Historicamente, várias foram as modalidades dessa legitimação (não excluindo a atribuição de relevância exclusiva do pensamento de somente alguns juristas entre todos, até a indução de fragmentos selecionados dele em coletâneas públicas oficiais). Mas, era constante a necessidade de que essa legitimação existisse para que se pudesse atribuir valor de “direito” ao resultado da atividade interpretativa das regras vigentes.

Mesmo quando os acontecimentos políticos impedirem a obtenção de indicadores de sucesso, como aqueles do tempo antigo (e obrigarem, portanto, a dar um peso sempre mais relevante ao juízo expresso sobre a competência pelos próprios competentes), o jurista nunca será reconhecido pelos romanos, se a sua competência (ao menos também) não for reconhecida publicamente. Ele sempre será o “cozinheiro” das habilidades “conhecidas” e não aquele das habilidades “afirmadas”.

5. Não estão em discussão o fato dos romanos terem percebido – ao longo de toda a sua experiência – uma relevância autônoma do “direito” (além das regras que o fundam) e a necessidade, portanto, de uma atenção institucional particular (distinta daquela reservada à produção das regras) aos modos de elaborá-lo.

Assim como não é discutível a especial qualidade que à *scientia iuris* souberam assegurar os instrumentos utilizados e os métodos praticados pelos seus seguidores. Está sob os olhos de todos a atenção com a qual os juristas romanos construíram, ao longo do tempo, um refinado vocabulário técnico (de palavras e conceitos); promoveram e cultivaram uma metodologia (a casuística) particularmente orientada ao favorecimento (pela atenção aos particulares que ela comporta) de uma satisfatória solução das questões abordadas; elaboraram um horizonte temporal de referência (com sua atenção à tradição) capaz de assegurar uma grande estabilidade às soluções adotadas. Todas essas circunstâncias permitiram (aos romanos) tornar verificáveis (e, portanto, eleváveis à dignidade científica) os processos interpretativos propostos.

Seria, em suma, absurdo não reconhecer a especial importância atribuída por eles ao “direito”.

Mas isso não autoriza – como eu dizia – afirmar que o “direito” tenha sido uma invenção dos romanos. Muito menos, deve desviar nossa atenção do que foi o verdadeiro *proprium* de sua experiência.

6. O que tornou o direito dos romanos um fato singular não foi a concepção de sabedoria, que está na base de sua criação. Um fato que permanece, afinal, exterior e comum, de certa forma também a outras experiências.

O direito dos romanos se propõe como uma expressão histórica especial, por uma série de razões de ordem mais substancial, que vão além dos modos de sua construção e elaboração científica.

A essência é definida por dois pontos. Por um lado, os fundamentos substanciais sobre os quais os romanos consideraram que o direito deveria se reger, com a conseqüente universalidade derivada de grande parte dos princípios que o inspiraram. De outro lado, o posicionamento da concreta experiência do direito (a prática que dele se tinha) no interior de um circuito no qual assumia relevo central – tanto com a finalidade de sua individualização, como com a finalidade de sua concreta aplicação –, a busca de um constante equilíbrio entre fatores sociais de inspiração, fatores políticos constitutivos e fatores técnicos formadores.

Nada está, em outras palavras, mais distante da visão romana do direito que a doutrina pura.

O direito romano é fruto de uma visão não constituída por neutralidades, mas sim por precisas e avaliáveis orientações. Como *hominum causa constitutum*⁴, ele deve ser expressão dos valores gerais que estão na base da vida da comunidade cidadã (deve ser, portanto, elaborado, como lembramos, por pessoas que souberam demonstrar-se atuantes, eficazes e apreciadas por aqueles valores), porém, deve ser capaz, também, de se renovar continuamente, para ser constantemente capaz de demonstrar a disciplina mais adequada à situação a ser regulada.⁵

7. Começemos pelo primeiro aspecto (fatores sociais de inspiração).

⁴ D. 1.5.2 (Herm. 1 *iuris epit.*): *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.*

⁵ D. 1.2.2.13 (Pomp. *lib.sing. enchir.*): *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint? post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

O direito é a expressão de regras que são sobretudo de costume. Ele nasce portanto (primeiramente e na forma mais extensa possível) dos *mores*, circunstância que lhe assegura um natural e espontâneo consenso difundido. É a expressão do pensamento “social” praticado; não é a expressão do pensamento dos atuais “governantes” da comunidade política (que, na realidade, dele recebem limites).

Vários princípios constitutivos originaram-se dos *moribus*, como a *patria potestas*, a exclusão de mulheres e escravos da *civilia officia*, a exclusão de determinadas coisas do *commercium*, as limitações de capacidade impostas ao *prodigus* e ao *furiosus*. É *more civitatis* condenar por mau exercício da tutela. Mas é, na verdade, o inteiro complexo da disciplina das relações pessoais econômicas e privadas que se formou *moribus* no tempo.

O apelo à *leges* (regras introduzidas ou adotadas por vontade da parte, que é também uma maioria da assembleia) é um fato que permaneceu – por muitos séculos – excepcional. Não somente quando elas ainda eram deliberações da assembleia (como, efetivamente, as *leges* dos comícios), mas até quando elas se tornaram a expressão direta da vontade da autoridade de governo (como quando se identificaram nas *constitutiones* dos *principes*, ou seja, na manifestação direta da sua vontade normativa).

Em muitas matérias (particularmente nas de interesse privado), os *mores* continuaram, ainda no principado, sendo a principal e mais extensa fonte de direito. As *constitutiones* intervêm frequentemente para circunscrever e para orientar o significado, mas raramente estabelecem diretamente a regra.

Quando isso acontece, a circunstância é explicitamente destacada pela jurisprudência.

É por isso que o direito poderá parecer aos romanos – expressão do *bonum* e do *aequum*.⁶ – segundo uma formulação que não por acaso reflete um pensamento já visto em *Cicerone*, que retorna exaltada em *Celso* e *Ulpiano* e que podemos reencontrar em primeiro plano ainda com *Justiniano*, que até mesmo a coloca no início de seus *Digesta*.

Não ficarei aqui percorrendo todas as leituras dessa conhecidíssima definição (à qual dedicaram sua atenção romanistas de todos os tempos

⁶ D. 1.1.1pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

e latitudes e, recentemente, prestigiados estudos, dentre os quais, de *Wolfgang Waldstein, Pietro Cerami, Filippo Gallo, Pasquale Voci*). Não teríamos o tempo e nem seria, acredito, útil.

Limitar-me-ei a observar o evidenciado recentemente também por *Filippo Gallo*. O *bonum* e o *aequum* – ainda que formulados em abstrato, aliás, pelo fato de serem formulados em abstrato – pareciam, aos que os evocavam, valores indicáveis na sua totalidade, portanto para a universalidade de seu conteúdo. “O binômio – nos dizeres de Gallo – exprime o fim perseguido pelo homem com o complexo das atividades nas quais se exerce a específica *ars* dita *ius*, fim que consiste na concreta atuação do *bonum et aequum* nas relações que se dão na convivência humana”. Isso, portanto, só pode ser concebido com atenção a um conteúdo idôneo. Não é verdade que o direito possa ter qualquer conteúdo. Ele deve se direcionar ao que parece no geral “*bonum*” (deve estar conforme ao que merece reconhecimento geral) e “*aequum*” (expressão de uma avaliação que parece indiscutível, por ser similar àquela que revela a correspondência observada em uma paisagem, quando os dois pesos se equilibram).

O direito – observa Gallo (é esse o sentido da definição de Celso) – não poderia ser representado por comportamentos contrários ao sentimento comum, como o extermínio de um povo ou a supressão das recém-nascidas dadas à luz após a primeira; nem poderia justificar comportamentos absurdos, como construir casas sem fundações ou sem janelas, ou a imposição de manter o guarda-chuva fechado quando chove e aberto quando não chove. É a lei, portanto – escreve o autor – que deve se subordinar ao direito. Não ele à lei.

E sabemos, por outro lado, sem apelar aos sistemas superiores e aos direitos humanos, como os romanos sempre destacaram a concreta atenção que o jurista deve prestar (nas pequenas coisas antes que nas grandes), ao *bonum* e ao *aequum*.

Seriam, assim, contrárias ao *bonum*, por exemplo, a pretensão de conduzir água de uma *fons* não *perennis* ou mesmo de águas perenes mas submersas, tais que não possam *defluere extra terram*, ou a adoção de regulamentos das águas entre vizinhos que pressuponham um fluxo em subida ou uma disciplina dos acordos que pressuponham qualidade da coisa (que forma o seu objeto) diferente das próprias (como a sua utilidade ou indivisibilidade). E, seriam contrárias ao *aequum*, soluções jurídicas que imponham ônus desnecessários (como uma forma para a conclusão de uma compra e venda ou de uma locação, quando não necessária) ou que não considerem todas as possíveis ocorrências, como quando – devendo-se considerar as cautelas que devem ser mantidas em favor de um nascituro

acerca da herança paterna – se avaliasse a situação sem considerar o fato de que o parto em gestação poderia ter se revelado múltiplo, ou não se considerasse que ele poderia ter sido (segundo a experiência da época) não somente gemelar, mas também plurigemelar, e, todavia, não além de certo limite (que para os romanos era de três nascimentos).

A formulação de *Celso* não era, em suma, uma pura “*Leerformel*”. Tinha um transparente conteúdo de preceito substancial.

Um esclarecimento é, na minha visão, ainda necessário (pelo fato de ser particularmente indicativo da visão romana das coisas).

O *bonum* e o *aequum* de *Cicerone*, *Celso* e *Ulpiano* não tinham o mesmo conteúdo concreto que teriam tido para Justiniano, segundo o qual, o direito não deve perseguir (o primado pertence, de fato, ao *ius naturale*; aos *naturalia iura*, são para ele destinados a ser *firma atque immutabilia*) somente o que tem significado de bom, mas o que esse significado possui de “sempre”.⁷

Ao passo que para o imperador cristão os valores de referência devem ser universais também no tempo (assim devem ser sempre), para os romanos das épocas anteriores (aquelas nas quais sua visão do direito nasceu e se difundiu), a universalidade dos valores aos quais o direito deve se conformar é uma universalidade “histórica”, relativa. Ela se constitui pela correspondência necessária do direito com o sentimento comum (dos homens, não dos romanos) do tempo no qual ele encontra sua forma de expressão.

O direito – por ser universal (e, portanto, aceitável por todos aos quais se propõe como critério de disciplina das relações que os alcançam) – deve ser (obviamente, de forma tendenciosa: deve, em suma, visar a esse objetivo) a expressão de valores aceitáveis pela generalidade. Não de um específico – e circunscrito – conjunto (os governantes do momento ou a ocasional maioria de uma assembleia).

⁷ D. 1.1.11 (Paul. 14 *ad Sab.*): *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.*

O direito dos romanos não propõe a verdade eterna (geral, portanto, ao longo do tempo), mas somente a universal (geral, portanto somente no espaço e, conseqüentemente, de acordo com os pontos de vista observáveis no tempo e, então, sempre superável e reformável).

É somente por isso que nele poderão encontrar expressão o direito de condenar à morte as filhas recém-nascidas sucessivas à primeira e a proibição depois de o fazer, a áspera severidade antiga da *patria potestas* e seu sucessivo dever que consiste *in pietate* e não *in atrocitate*, a proibição do divórcio (sem justificativa) e a sua ilimitada liberdade, a necessidade da *mancipatio* para transferir as *res pretiosiores* e a aptidão da *traditio* para o fim, a possibilidade de usucapir as servidões e a proibição de o fazer sucessivamente, a necessidade de concordar a *lex vendendi* na penhora e sua natural inclusão no acordo constitutivo do direito sucessivamente. E assim por diante.

É somente em razão dessa visão “histórica” do *bonum* e do *æquum* (e assim do direito) que os romanos puderam aceitar com tranquilidade também a escravidão em seu ordenamento (em respeito justamente à universal – que não significa unânime – convicção de sua justificação, que se teve em todos os tempos de sua experiência: desde a mais antiga até a de Justiniano).

A ditar ou modificar o direito não servirão, portanto, na visão romana, as leis (que poderão fazê-lo somente excepcionalmente), mas a mudança nas convicções difundidas, que as destituirá de fundamento substancial e imporá a revisão das formas.

Há – nesse modo de entender o direito – uma indicação para os governantes, cuja importância é extraordinária, entendida no sentido de desmotivar qualquer visão ideológica dele.

Dizer que o direito é atividade técnica (*ars*) que visa a dar atenção ao *bonum et æquum* nas relações *humans* indica, em sua simplicidade e abstração, duas diretrizes para a criação do direito (historicidade dos valores de referência e necessidade, todavia, de uma percepção deles como gerais), que – se observadas – garantem uma solidez política extraordinária: colocam-no em constante e necessária relação com as expectativas de imparcialidade e de afastamento das prepotências que em todas as sociedades a ele se voltam.

Disso advém um critério de orientação para os políticos (que o fundam, determinando de quais regras esse deva ser deduzido) e para os técnicos (que o elaboram, dando-lhe concreta expressão de atuação), que conecta suas atividades e condiciona seus conteúdos relativos.

8. Vamos aos fatores políticos fundamentais.

O direito é conteúdo normativo contido em um ato político, que pode ser a expressão de espontâneas avaliações genéricas (*mores*), mas pode ser também a expressão de uma vontade qualificada (a de um órgão, ou seja, da coletividade à qual ela tenha atribuído autoridade para emanar enunciados com valor vinculante genérico e denominados assim *leges*).

Quando o ato fundamental é formal (*lex*), é essa característica que dá corpo ao direito (são relevantes quem o emana e os procedimentos a serem observados). Quando ele é, ao contrário, sem forma (como acontece com os *mores*), surgem delicados problemas de individuação (quando uma prática é *mos* com valor vinculante e quando ela é, ao contrário, somente manifestação de um costume lícito, a cuja eventual falta de conformidade, a coletividade resta indiferente?). Mas fica o fato que somente aqueles comportamentos que estão definidos por elementos que permitem considerá-los *mores* da coletividade são fundamentais de “direito”.

Não há dúvida de que as regras vigentes em certo tempo e em certo espaço assim o sejam (na ótica romana), porque fundadas em uma determinação coletiva (direta: *mores* ou delegada: *leges*) da comunidade que a elas adere.

E todavia, não há dúvida igualmente, sobre a diferente relevância que os dois possíveis modos de adoção das regras possuem em relação a sua capacidade de expressar a adequação das regras com o sentimento comum. Certamente, mais alta será quando achar fundamento nos *mores*.

Dando prioridade aos *mores* sobre as *leges*, os romanos não demonstraram somente a vontade de buscar um direito que fosse, o mais possível, expressão dos valores coletivos compartilhados. Consideraram também outro elemento. Demonstraram perceber a importância que uma flexível formulação das regras pode ter para sua atuação mais adequada à necessidade do tempo.

Os *mores* praticados constituem comportamentos inspirados por regras em constante evolução. As *leges* são enunciados enrijecidos em formas fixadas no tempo. Quando é *moribus constitutum*, o direito é, portanto, necessariamente também correspondente a uma avaliação positiva atual. Quando é *legibus*, o é assim no tempo da adoção daquelas. Pode ser ainda, mas pode também não ser em um tempo sucessivo. É por isso, acredito, que os romanos consideraram que o fundamento político

do direito não possa ser somente (nem predominantemente) enunciado formal de eterna duração (no sentido de temporalmente indefinidos).

Daqui, algumas consequências.

A primeira, menos importante (mas não irrelevante): a especial cautela que merece a produção legislativa das regras. Não somente sob o aspecto dos procedimentos necessários (voltados à garantia do mais amplo consenso possível à decisão), mas, também, sob o aspecto dos conteúdos.

Na república, para ser votada, uma lei deveria parecer formulada com expressões apropriadas (portanto estudadas e então avaliadas pelos *experts*) que favorecessem sua futura e adequada aplicação.

Vários testemunhos, também muito antigos, nos relembram as discussões que precediam a votação das leis dos comícios, com a atenção que era particularmente prestada à inclusão específica nelas de particulares expressões. E também no império, para ser adotada, uma *constitutio principis* deveria passar pelo julgamento da chancelaria imperial (e assim dos juristas que nela operavam).

A segunda consequência, bem mais relevante, é a adoção de instrumentos normativos complementares, capazes de garantir a constante flexibilidade do sistema.

Se for verdade que a natural correspondência que, na visão romana, deve existir entre direito e convicções espontâneas faz do direito *moribus et legibus constitutum* um instrumento disciplinador das relações humanas vivido pelos que o observam não como uma imposição dos governantes, mas da cidade (que vale, portanto, para os primeiros não menos que para os indivíduos), também é verdade, porém, que o direito não é, por esse motivo, um instrumento subtraído aos poderes do governo.

A exigência de uma regra não determina, de fato, sua indefectível aplicação.

A autoridade invocada para lhe dar atuação poderá sempre desaplicá-la ou aplicá-la com alterações (o que – no direito privado – significará: *denegatio* da ação civil ou edito integrativo ou corretivo das regras civis).

Desde sempre e para sempre, em Roma é prerrogativa dos órgãos de governo avaliar a oportunidade da aplicação concreta do direito vigente. O *rex*, as magistraturas que herdaram suas funções e, sucessivamente, também o príncipe e seus funcionários (aos quais aquela autoridade é atribuída),

poderão de fato aplicar um direito diferente do direito vigente, em razão da *iusdictio* que demonstra seu cargo. Poderão fazê-lo, naturalmente, com uma intensidade e independência diferentes (em relação ao regime político vigente: os poderes de um governante único, investido de forma vitalícia e não exposto a controles e limites, como o *rex* e depois o *princeps*, são diferentes dos poderes dos magistrados expostos à *intercessio* – e não somente – de tribunos e colegas), mas o poderão fazer sempre. Na visão romana, o “direito” é um vínculo para os governantes, mas é isso também com concreta e flexível possibilidade de transparente adaptação às exigências do momento (e, assim, “politicamente” avaliável, ainda que nos limites gerais que o ordenamento de um certo tempo permite).

Nessas avaliações, ele se comportará de modo considerado politicamente irrepreensível, quando assim o fará em força do pensamento jurisprudencial corrente. Senão, correrá o risco de produzir, usando o jogo de palavras de *Cicerone*, “*ius verrinum*”.

Mas isso terá validade somente no plano político, de oportunidade, portanto.

Sob o ponto de vista do ordenamento, sua atividade permanecerá de *ius*. Não de um *ius* considerado como aquele *civile*; não eterno, mas ligado à duração do cargo; discutido e discutível. Mas, todavia, de *ius* legitimamente aplicado.

Como em matéria de fundamentos sociais inspiradores, assim como em matéria de fundamentos políticos (ou seja, dos fatores que legitimam a sua vigência), os romanos demonstravam, afinal, uma concepção do direito absolutamente peculiar, na qual – pela sua concreta determinação – eles reconheciam a uma pluralidade de elementos (*mores*, *leges*, mas também atos imediatos e diretos de governo) capazes de atentar para a complexidade das questões consideradas e para a utilidade de definir, portanto, soluções atentas a todas as instâncias necessárias (e não somente a algumas delas). O “direito” não é, em suma, somente expressão de uma técnica de sabedoria que o enucleia e o define por fatores constitutivos externos. Esse pode ter também um imediato fundamento político. É um instrumento (o principal) de governo social. Não se pode subtrair, portanto, das avaliações de oportunidade de quem governa. Delimita-o, mas não paralisa sua ação. O risco que se torna “*ius verrinum*” existe e deve ser prevenido ou, pelo menos, contido (limitando a ação do governo). Mas não justifica a criação de um ordenamento enrijecido em regras “bloqueadas”, ingeríveis ou inadequadas às circunstâncias.

9. E chegamos, afinal, aos fatores técnicos formadores.

Também sob esse ponto de vista, a experiência romana – parece por aquilo que já recordamos – caracteriza-se por uma visão à qual concorrem vários elementos.

O primeiro deles é certamente a natureza intelectual da atividade técnica que dá forma ao direito.

Trata-se de uma atividade que – como destacava *Celso* – deve ter caráter de *ars*, de uma conduta, em suma, que visa atender às necessidades humanas. Que deve, portanto, originar-se (como todas as *ars*) de uma observação atenta da realidade (que somente uma aplicação severa, um *studium*, permite) e que utilize instrumentos específicos (teóricos e práticos).

Para os romanos não é qualquer um que pode ser jurista. Ele deve possuir *scientia* (aquela *iuris*), de um saber que o distingue. Ele é necessariamente um sábio.

No entanto, a ciência que ele cultiva é uma ciência prática, que visa a atender às necessidades humanas. O que ela produz (o “direito”) deve estar ligado a pressupostos que permitam verificar sua utilidade. O produto da atividade do jurista (como o de qualquer outra *ars*) é constantemente exposto à avaliação de sua adequação técnica e de sua correspondência às expectativas coletivas.

Nada comparável com o produto de uma sabedoria fundada em razões transcendentais e indiscutíveis.

O direito dos “juristas” é sempre um direito que a autoridade do governo pode – em virtude dos próprios poderes constitucionais (*iurisdictio*) – desaplicar. Ele é, por outro lado, a expressão, em qualquer tempo, de uma *scientia* que detém vários cultores (mesmo quando eles são o limitado número de membros de um colégio sacerdotal), que está exposta à variabilidade e à controvérsia das opiniões e que se consolida somente pelo consenso que sobre estas se acumula. Sem que porém, por esse motivo, ela se torne imutável. Oito decisões conformes anteriores não impediram o colégio pontifício, em 201 a.C., de alterar o próprio aviso acerca do direito de se aplicar na presença de um *votum* pronunciado sem determinação de soma.

Naturalmente, outra foi (pelas dimensões que assumiu) a controvérsia do direito no tempo do monopólio sacerdotal da *scientia iuris*, e outra foi aquela que se desenvolveu no tempo em que – superado aquele monopólio – a *scientia iuris* teve um número aberto de cultores laicos. E assim diferentes foram as preocupações que derivaram e as

exigências que decorreram, em um primeiro momento, para contenção do excessivo proliferar de opiniões em campo e, sucessivamente, também de juristas, ou assim supostos.

Mas a convicção de uma natural e insuperável oponibilidade do direito nunca deixou de existir. Ainda, *Justiniano* sente o dever de colocar à disposição dos tribunais não “regras” constrictivas, mas “direito” justamente, opiniões de sábios não necessariamente convergentes (ainda que ora selecionadas e reconduzidas – mesmo com interpolações – a uma tendenciosa uniformidade de ramos inconcebível no passado).

A atividade formadora do direito é, em suma, sempre confiada pela cidade a uma classe de especialistas, mas a força do direito que eles produzem não é a autoridade (como é, ao contrário, do direito que advém dos magistrados, os quais impõem sua aplicação em virtude de seu *imperium*).

O direito dos juristas impõe-se pela sua autoridade. Não se sujeita às opiniões dos juristas por necessidade, mas por consenso (não de um só, obviamente, mas da coletividade em seu conjunto). É por isso que somente o direito elaborado pelos juristas se torna *ius civile*. O dos magistrados (dos governantes) permanece somente *ius honorarium* e sua duração não supera geralmente o prazo da magistratura que lhe dá concreta expressão. Os romanos não se cansaram nem na idade imperial dessa especial consideração do direito de produção jurisprudencial. Eles reconheceram às *constitutiones principum* valor de base análogo ao das antigas *leges* dos comícios, mas hesitaram em confundir com o tradicional, o direito que delas deriva (falaram a respeito como de algo distinto e distinguível: o *ius novum*).

A grande consideração política que o direito jurisprudencial recebe não traz ao jurista somente prestígio. O induz, também, a uma especial atenção à observância das próprias obrigações.

Em razão da importância atribuída às *opiniones* dos *prudentes*, o jurista romano sempre teve que se confrontar com um conjunto de consensos a serem conquistados. O sucesso do jurista estava ligado à aprovação que ele recebia da coletividade (ligada a sua concreta capacidade de dar expressão ao *bonum* e ao *aequum*), de seus governantes (expressa pela atenção deles, manifestada de várias formas a sua produção científica) e de seus pares (contemporâneos ou posteriores). Em suma, dependia da técnica da própria *ars* e, portanto, do compartilhamento das opiniões propostas (ou, pelo menos, da sua respeitabilidade).

A capacidade de estar atentas à complexidade dos problemas e às consequentes necessidades de prever múltiplas soluções foi – mesmo em matéria de fatores formadores – o valor da experiência romana do direito.

A tendenciosa preferência pela formação intelectual do direito não os impediu de enxergar os limites e os riscos. Eles incluíram, assim, a possibilidade de uma formação também por meio de canais concorrentes, mais evidentemente e imediatamente políticos (como os expressos pelos detentores da autoridade de governo), mas sem, por isso, perderem de vista – por outro lado – a necessidade de não provocar um oposto e negativo desbalanceamento das coisas.

10. Se, após essas reflexões, quiséssemos sintetizar em uma palavra o que caracterizou a visão romana do direito, não veria outra expressão possível que “equilíbrio”.

Os romanos fizeram um esforço constante para compor um equilíbrio possível (e, portanto, aceito) nas várias instâncias que estão na base da disciplina social dos fatos. Não por acaso, viram na *aequitas*, ou melhor, na busca dela, o valor no qual ancorar sua experiência (*Cicerone* falava em *ius civile* como de “*aequitas constituta*” e de *aequitas* como de algo que era “*iustitiae maxime propria*”).

Disso derivou, nos séculos, um “direito” que busca a “certeza” sem ser escravo dela, no qual *ius certum* e *ius controversum* podem, portanto, ter a mesma dignidade.

Um direito inspirado em valores universais e, conseqüentemente, tendenciosamente “inclusivo” (pode ser aplicado aos estrangeiros imigrantes, mas também aos estrangeiros que se mostrem interessados e que, portanto, espontaneamente se adequem a ele), mas não necessariamente assim (pode ser defendida, talvez, uma especificidade absoluta, que exclua qualquer aplicabilidade automática aos não romanos).

Um direito que deve ser aprovado na cotidiana ação de governo (que é constantemente solicitada a se discutir e se renovar). Um direito exposto a uma contínua verificação das razões que o justificam e que podem, por isso, assegurar-lhe consenso (sempre deve haver uma *ratio*: não é, portanto, direito o *privilegium*).

Os romanos, em suma, não inventaram o direito como instrumento de regulação social. Já existia antes deles. E existia em qualquer lugar, independentemente deles.

Também não pensaram no direito como fruto de uma atividade puramente intelectual à qual se sujeitar. Pelo contrário, não negaram

o papel decisivo dos sábios na sua criação. Mas eles quiseram que seus “sábios” fossem expostos a uma verificação social cotidiana, fossem assim reconhecidos pela sua capacidade de serem eficazes (no qual viram o único possível fundamento do consenso coletivo a sua atividade).

Comparados com os outros povos antigos, os romanos perceberam com mais lucidez a complexidade dos problemas para os quais o direito (como inevitável instrumento de regulação social) é chamado a dar solução. E, coerentemente, preocuparam-se em regular seu inteiro processo vital (desde sua criação, até sua aplicação, e os modos pelos quais poderiam assegurar-lhe o necessário consentimento social).

Assim fazendo, deixaram-se inspirar por uma lógica compreensiva e não seletiva. Virtuosa é – na visão dos romanos – a busca, na disciplina dos fatos (até onde for possível), da composição dos vários elementos presentes, com a conseqüente admissibilidade de hierarquias móveis e não absolutas de valores inspiradores.

Em virtude dessa visão das coisas, os romanos não somente afirmaram, mas também demonstraram o que significa visualizar na sociedade política um *cætus hominum iure sociatus* (mantido unido pelo direito, que fez dele um conjunto, não obstante as múltiplas diversidades que o compõem).

No plano dos conteúdos concretos que caracterizaram seus acontecimentos históricos, o dos romanos foi marcado (em matéria de relações privadas: o único pelo qual o problema concretamente se coloca e o único que conservou relevância no tempo) pela relativa neutralidade das soluções adotadas, comparada às concretas disposições de governo. Ele visou (dando-lhe forma de critério disciplinador: de *ius*, justamente), pelo menos inicialmente, ao ponto de vista dos homens (aos seus *mores*), não o dos seus governantes. E assim o fez (com a constante atenção voltada ao método casuístico) por meio de um estudo das exigências a serem satisfeitas, de modo extremamente atento e penetrante.

O que historicamente se sedimentou foi um direito de altíssima qualidade (pelo que pode ser uma construção humana). Seja em suas soluções certas ou em suas soluções controversas. Foi assim, naturalmente, com referência às exigências de um certo tempo e pôde continuar a sê-lo até quando o desenvolvimento das técnicas e as mudanças conseqüentes não demonstraram seus limites. Mas foi assim por muito tempo e com razão.

Hoje, certamente seria absurdo considerar que a disciplina social dos fatos possa ser ainda (mesmo em larga escala) aquela imaginada pelos romanos, que permanece inexoravelmente um acontecimento histórico

e relativo (como eles mesmos, por outro lado, como eu lembrava, o conceberam, considerando seu direito – não obstante a grande tradição que eventualmente o sustentasse – sempre exposto às necessárias revisões).

E, todavia, acredito ser preocupante, se me permitem uma observação pessoal, a distância que nosso tempo parece querer manter, não dos conteúdos (que me parece ser um fato aceitável), mas da visão cultural que os romanos tiveram do fenômeno jurídico e da consequente percepção da potencial capacidade do direito de governar a complexidade social.

A difusão observada em nossa época de visões ideológicas, que conduzem na direção de um direito expressão somente do dirigismo dos governos, propõe o risco de uma convivência política que pode assumir como critério ordinário regulador das relações sociais não a “mediação” (que pode ser favorecida pelo direito, por um certo modo de entender), mas a “força” (mesmo a legítima originada pela autoridade e expressa pelo direito que ela impõe).

É uma posição que o mundo antigo já experimentou na democracia igualitária (basta pensar na Grécia). Mas houve danos. E é uma posição que também o mundo contemporâneo experimentou (em especial modo, no século que há pouco se encerrou), nas visões negadoras da igualdade e da democracia. Com desastres ainda maiores.

O problema não são os valores que o inspiram. O problema é o dirigismo elevado a único critério de governo. É esse o aviso que nos passa a visão dos romanos. O verdadeiro *proprium*, segundo minha humilde opinião, de sua ideia de direito.

VERSÃO ORIGINAL

I ROMANI E IL DIRITTO. OVVERO: FONDAMENTI E FORME DEL DIRITTO NELLA CONCEZIONE ROMANA

Alessandro Corbino⁸

1. Una idea molto diffusa – e sulla quale ha recentemente richiamato l’attenzione anche il titolo di un elegante ed apprezzato volume di Aldo Schiavone – è quella secondo la quale i Romani avrebbero “inventato” il diritto. Nel senso che essi avrebbero per primi dato corpo ad un’idea di questo come il portato di un sapere specifico, scientificamente coltivato. La esistenza di una *scientia iuris* avrebbe distinto da ogni altra la esperienza romana, fondando le relative fortune del suo diritto nella storia.

Questa valutazione storiografica coglie certamente uno degli aspetti centrali della visione romana del diritto, ma merita, a mio sommo avviso, alcune precisazioni.

Le ragioni per le quali il diritto romano si è configurato come esperienza unica, proponendosi come modello per molte altre specifiche esperienze storiche, che ad esso si sono poi – più o meno esplicitamente – ispirate non possono circoscriversi al semplice fatto del suo essere stato oggetto di una elaborazione affidata ad un ceto di specialisti.

2. Certo, non vi è dubbio che i Romani abbiano avuto da sempre una elevatissima coscienza (più di quanto non si sia altrove verificato) della irriducibilità del diritto alla regola e del rilievo autonomo che assume dunque il significato di questa (più ancora che il suo dettato) ai fini della disciplina dei fatti.

Lo sottolinea, del resto, la terminologia adoperata. Regole e diritto sono fatti indicati con espressioni linguistiche non coincidenti. Mentre le prime costituiscono – in dipendenza delle loro rispettive modalità di costituzione – ciò che i Romani chiamano *leges* e *mores*, il diritto è espresso da un diverso segno linguistico. Esso è *ius*, “altro” dunque rispetto alle regole vigenti. Naturalmente si tratta di un “altro” che strettamente ne dipende, ma che tuttavia non vi coincide, o almeno non vi coincide necessariamente.

Ce ne rende edotti una curiosa, ma significativa circostanza.

⁸ Professore di Diritto Romano, Università Degli Studio di Catania.

Con *ius*, i Romani indicano non solo il “diritto”, ma anche il “brodo”. Ce lo ricordano direttamente Catone e Apicio. Ce lo sottolineano Plauto e Cicerone, con il loro ironizzare al riguardo. Per il commediografo, il giuramento degli amanti è *ius confusicium*, un brodo di elementi artatamente mescolati per renderli irriconoscibili, e dunque non invocabili. Per l’oratore, che stava facendo riferimento agli abusi del governatore nell’amministrazione della giustizia in Sicilia, dall’editto di Verre discendeva *ius verrinum*, “diritto di Verre” appunto, ma anche “brodo di maiale” (dunque un alimento non proprio prelibato), secondo il concorrente significato che l’espressione può avere.

Questa identità di espressione non deve meravigliare.

Il brodo è il frutto com’è noto di una operazione culinaria di estrazione di un liquido da una sostanza (una carne o un vegetale), che si realizza attraverso una speciale attività tecnica: la cottura di essa con modalità che ne consentono la produzione appunto di un “brodo”, del liquido che ne resta. E la cui qualità può essere sopraffina o grossolana, in dipendenza della qualità della sostanza trattata, ma anche della abilità del cuoco che la tratta.

Il diritto è anch’esso il frutto di una operazione pratica (rivolta cioè a conseguire uno specifico risultato concretamente utile) simile. È il risultato anch’esso di una attività estrattiva: questa volta operata muovendo da una realtà concettuale (la regola esistente), con una tecnica essa stessa concettuale, diretta a trarre da quella il suo significato utilizzabile.

Ius può bene indicare dunque il frutto di due operazioni identiche, ancorché diverse per l’oggetto al quale sono rivolte e per il risultato che da esse ne deriva. Come il brodo è ciò che il cuoco (mettendo a frutto la propria abilità) sa trarre da una carne o da un vegetale, così il diritto è il risultato che uno specialista (che vi dedichi la propria conseguita abilità) sa ricavare da una regola: il significato applicativo che essa contiene.

3. Ciò che va ancora sottolineato non è però solo questa singolare (ma significativa) vicenda linguistica.

Dal nostro punto di vista, deve infatti rilevarsi il ruolo assolutamente preminente attribuito dai Romani – nella disciplina dei fatti e delle attività umane – al *ius*, rispetto alle regole che ne permettono la produzione. Il loro ordinamento è costituito dal “*ius*” civile, non dalle *leges* e dai *mores* della città; il loro riferimento è al “*ius*” *praetorium*, non all’*edictum* del pretore; è, ancora, al “*ius*” *gentium*, non alle *leges* e ai *mores* vigenti presso i popoli civili. L’attività ordinante del magistrato è “*iuris*” *dictio*, non *regularum* “*dictio*”. E potremmo continuare.

Nella visione dei Romani, dunque, non è la regola ciò che disciplina le attività umane, ma è il significato di essa. In primo piano non stanno perciò *leges*, *mores* ed altri atti regolativi cui sia stata eventualmente attribuita nel tempo uguale funzione normativa, ma sta il *ius*. Ciò di cui i Romani si servono non sono direttamente quegli atti regolativi. Ciò di cui essi si giovano sono – come sottolinea Gaio – gli “*iura*” *populi Romani*.⁹

A differenza dunque di altri, i Romani (come il linguaggio adottato mostra con evidenza), hanno visto nel “diritto” un fatto di non minore rilievo “politico” (nel senso di interesse della *polis*) delle “regole”. Il che non significa che lo abbiano “inventato”. La percezione della non coincidenza tra regola e suo significato è un dato di esperienza generale: dovunque esistano regole, esistono interpreti di esse; dovunque debba applicarsi una regola è necessario che si compia l’attività interpretativa che dà concreta possibilità di fare ad essa riferimento. Essi si sono preoccupati piuttosto (questo sì con più attenzione che altrove) di regolarlo.

E tuttavia non percepiremmo fino in fondo il senso della loro esperienza se ci limitassimo a questo dato puramente esteriore.

Importante, decisivo, perché connotante della loro visione, è stato non il fatto di avere dato evidenza al diritto e di averlo regolato, ma il modo in cui quella evidenza è stata data (il linguaggio utilizzato) e il modo in cui esso è stato regolato.

L’aver utilizzato – con l’insieme di fattori evocativi che essa contiene – la espressione “*ius*” ha permesso infatti ai Romani di fissare una idea del “diritto” non puramente formale. Così come le modalità con le quali essi ne hanno disciplinato produzione e applicazione hanno, a loro volta, condizionato i contenuti sostanziali del loro diritto, orientandoli in una direzione che ne avrebbe giustificato lo speciale rilievo storico che esso avrebbe poi assunto.

4. L’aver visto nel “diritto” una operazione tecnica assimilabile (e perciò descrivibile con il medesimo segno linguistico) a quella che compie il cuoco quando realizza il brodo, non è un fatto privo di importanti indicazioni.

La prima: tra regola e diritto vi è una relazione necessaria (come tra sostanza, carne o vegetale, e brodo; senza la prima non può esservi il secondo: come accadrebbe se si volesse trarre brodo dalle ossa). Non

⁹ Gai. 1.2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

può esservi diritto se non vi è una regola che lo contiene. Senza dunque una “indicazione politica” (tale è sempre infatti la regola dalla quale può ricavarsi diritto: un elemento fondativo che è insieme di legittimazione dell’attività normativa e di “confine” entro il quale essa deve essere contenuta) la enunciazione di un criterio d’ordine non potrebbe avere forza di “diritto”.

La seconda: non può esservi buon “diritto”, se l’operazione non è affidata ad uno specialista. Come è il “cuoco” (uno specialista, tale per la abilità conseguita) a dare pregio al brodo, così è il “giurista (*iurisperitus*, lo specialista che elabora la regola)” a dare pregio al “diritto”. Chiunque può attribuire significato ad una regola, così come chiunque potrebbe cimentarsi in cucina. Solo l’esperto darà però al significato che egli trarrà dalla regola valore di “diritto”. Ne farà non un “brodo”, un “*ius*”, qualsiasi, ma un risultato di pregio. Dunque: come è essenziale la “regola”, così è essenziale – per la produzione del diritto – l’ “interprete”. Come la città deve dare dunque attenzione alla creazione della regola (che è infatti compito collettivo), così essa deve dare parimenti attenzione alla sua interpretazione, alla attribuzione alla regola del significato che ne costituisce il presupposto applicativo indispensabile.

Non è allora la “forma” che conta. Non basta la coscienza della alterità del diritto rispetto alla regola. Occorre molto di più. Occorre – muovendo da quella coscienza – preoccuparsi di fare in modo che a trarre “diritto” dalle regole siano coloro che sono in grado di attribuire a questo una funzione pratica utile, di pregio.

Ecco perché i Romani non si sono preoccupati solo di regolare l’attività interpretativa affidandola ad interpreti esercitati, se si vuole ad interpreti professionali (quali certamente sono stati per loro in ogni tempo i “giuristi” accreditati come tali dalla collettività). Questo è accaduto del resto – e accade ancora, in una certa misura – anche in altre esperienze (si pensi al ruolo dei mandarini in Cina o a quello delle caste sacerdotali ebraiche o islamiche; ma si pensi anche al rilievo attribuito alla interpretazione delle corti giudiziarie supreme dei Paesi moderni e ai vincoli che ne conseguono).

La visione dei Romani ci spiega piuttosto le ragioni per le quali essi hanno individuato sempre i “giuristi” non come “esperti” riconosciuti tali in funzione di un sapere “isolato” dal mondo e dal tempo, ma di un sapere sostenuto piuttosto dalla esperienza del mondo e del tempo.

I “giuristi” sono stati per i Romani coloro che si erano rivelati “esperti” – perché dediti con successo alla buona pratica di esse – delle cose divine ed umane.¹⁰

Si era “giuristi” perché si era “altro”: sacerdote (esperto delle pratiche religiose necessarie per mantenere costante la benevolenza degli dei sulla città), ma anche persona di conclamata saggezza perché adusa all’esercizio (con quelle sacerdotali) anche di funzioni politiche. Il sacerdote romano non è – come ha efficacemente scritto Schulz – “uomo di Dio”. Egli è persona piuttosto di alto rango sociale. Accede ai sacerdozi chi ha una posizione economica (conseguita, con il successo militare e sociale, dai propri antenati) che gli permetta lo svolgimento di attività pubbliche ed ha reso anche meritori servizi alla città, in pace e in guerra. Si diviene di regola sacerdoti dopo essere stati magistrati (spesso rivestendo, anzi, contemporaneamente le due funzioni).

Questo presupposto sostanziale necessario per essere considerato giurista (e perché dunque la relativa attività interpretativa possa considerarsi produttiva di “diritto”) si conservò per sempre. Anche quando non sembrò più indispensabile come un tempo la concorrente qualità sacerdotale.

Giurista poté divenire perciò un “laico”. E tuttavia solo quando egli godesse del riconoscimento pubblico della sua sperimentata competenza in materia di relazioni umane.

Il giurista – come ha scritto Bretone – non dedica tutto il suo tempo al diritto. Il giurista è un cittadino che è considerato autorevole esperto di un settore del sapere e della vita sociale, perché è già socialmente autorevole, per le sue pregresse attività pubbliche.

Il segno distintivo del giurista è ora l’essere “*consultus*”, l’aver la propria casa frequentata da coloro che si rivolgono liberamente a lui per riceverne disinteressato (perciò gratuito) consiglio. E sono *consulti* coloro che si sono distinti nell’esercizio di cariche pubbliche, che hanno dato prova del loro saper fare.

Il diritto è scienza pratica. Disciplina le attività degli uomini. Deve dare indicazioni che ne assicurino il successo o almeno una regolamentazione accettata (in relazione agli obiettivi: siano questi soddisfacenti relazioni personali e familiari, equilibrati rapporti economici, relazioni di affare

¹⁰ D. 1.1.10.2 (Ulp. 1 reg.): *Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*

reciprocamente utili). Una sua efficace individuazione può venire solo perciò da chi abbia saputo distinguersi (per l'apprezzamento generale conseguito) nel difficile esercizio di funzioni pubbliche.

È una cifra, questa, che non verrà mai meno.

Non vi è tempo – nella esperienza di Roma – nel quale la qualità di “giurista” non si sia fatta dipendere da una legittimazione “politica” (intendo dire espressa dalla collettività, direttamente o attraverso i propri organi di governo). Varie sono state storicamente le modalità di questa legittimazione (non esclusa, in ultimo, la attribuzione di rilevanza esclusiva del pensiero di alcuni giuristi soltanto fra tutti, fino alla sussunzione persino di frammenti selezionati di questo in raccolte pubbliche ufficiali). Ma costante la necessità che essa vi fosse perché potesse attribuirsi valore di “diritto” al risultato della attività interpretativa delle regole vigenti.

Anche quando le vicende politiche impediranno di continuare ad assumere indicatori di successo come quelli del tempo antico (e costringeranno perciò a dare un peso sempre più rilevante al giudizio sulla competenza espresso dai competenti medesimi), il giurista non sarà mai tale, tuttavia, per i Romani, se la sua non sarà una competenza (almeno anche) pubblicamente riconosciuta. Egli resterà per sempre il “cuoco” dalle abilità “note” e non quello dalle abilità “affermate”.

5. Che i Romani abbiano dunque percepito – per tutto l'arco della loro esperienza – una rilevanza in sé del “diritto” (oltre che delle regole che lo fondano) e la necessità perciò di una attenzione istituzionale particolare (distinta da quella riservata alla produzione delle regole) ai modi di elaborarlo non è discutibile.

Così come non è discutibile la speciale qualità che a questa *scientia iuris* hanno saputo assicurare gli strumenti utilizzati e i metodi praticati dai suoi cultori. Sono sotto gli occhi di tutti la cura con la quale i giuristi romani hanno: costruito nel tempo un raffinato vocabolario tecnico (di parole e di concetti); promosso e coltivato una metodologia (quella casistica) particolarmente orientata a favorire (per la attenzione ai particolari che essa comporta) una soddisfacente soluzione delle questioni affrontate; praticato un orizzonte temporale di riferimento (con la loro attenzione alla tradizione) in grado di assicurare una grande stabilità alle soluzioni adottate. Circostanze tutte che hanno permesso loro di rendere verificabili (ed elevabili perciò a dignità scientifica) i processi interpretativi proposti.

Sarebbe insensato non riconoscere insomma la speciale importanza da essi attribuita al “diritto”.

Ma questo né autorizza – come dicevo – a dire che il “diritto” sia stato una loro invenzione. Né, soprattutto, deve distogliere la nostra attenzione da ciò che è stato il vero *proprium* della loro esperienza.

6. A rendere il diritto dei Romani un fatto singolare non è stata la concezione sapienziale, che sta a fondamento della sua creazione. Un fatto che resta, tutto sommato, esteriore e comune comunque anche ad altre esperienze.

Il diritto dei Romani si propone come una espressione storica speciale per una serie di ragioni di ordine più sostanziale, che vanno oltre i modi della sua costruzione ed elaborazione scientifica.

A connotarne la essenza sono due cose.

Da un lato, i fondamenti sostanziali ai quali i Romani ritenevano che esso dovesse ancorarsi, con la conseguente universalità che ne è venuta a gran parte dei principi che lo ispirano.

Dall'altro, il situarsi della concreta esperienza di esso (la pratica che se ne aveva) all'interno di un circuito nel quale assumeva rilievo centrale – sia ai fini della sua individuazione, che a quelli della sua concreta applicazione – la ricerca di un costante equilibrio tra fattori sociali ispirativi, fattori politici fondativi e fattori tecnici formanti.

Nulla è, in altre parole, più lontano dalla visione romana del diritto della dottrina pura di questo.

Il diritto dei Romani è frutto di una visione fatta non di neutralità, ma di precisi e valutabili orientamenti. In quanto *hominum causa constitutum*¹¹, esso deve essere espressione dei valori generali che stanno a fondamento della vita della comunità cittadina (deve essere dunque elaborato, come abbiamo ricordato, da persone che di quei valori hanno saputo dimostrarsi attuatori efficaci ed apprezzati), ma deve potersi inoltre rinnovare anche continuamente, per potere essere costantemente in grado di apparire la disciplina più appropriata alla situazione da regolare.¹²

¹¹ D. 1.5.2 (Herm. 1 iuris epit.): *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.*

¹² D. 1.2.2.13 (Pomp. lib.sing. enchir.): *Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint? post hoc de in de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.*

7. Cominciamo dal primo aspetto (fattori sociali ispirativi).

Il diritto è la espressione di regole che sono innanzitutto di costume. Esso nasce perciò (in primo luogo e nel modo più esteso possibile) dai *mores*, circostanza che gli assicura un naturale e spontaneo consenso diffuso. È l'espressione del pensiero "sociale" praticato; non del pensiero degli attuali "governanti" della comunità politica (che da esso ricevono piuttosto limiti).

Hanno risalenza *moribus* vari principi fondanti, come la *patria potestas*, la esclusione di donne e schiavi dai *civilia officia*, la esclusione di determinate cose dal *commercium*, le limitazioni di capacità imposte al *prodigus* e al *furiosus*. È *more civitatis* condannare per cattivo esercizio della tutela. Ma è, in verità, l'intero complesso della disciplina delle relazioni personali economiche e private che si è formato *moribus* nel tempo.

Il ricorso a *leges* (a regole introdotte o adottate per volere di parte, quale è anche una maggioranza assembleare) è un fatto che resta – per moltissimi secoli – eccezionale. Non solo quando esse erano ancora deliberazioni assembleari (come appunto le *leges comitiales*), ma persino quando esse divennero l'espressione diretta della volontà dell'autorità di governo (come quando si identificarono nelle *constitutiones* dei *principes*, nella diretta manifestazione cioè della loro volontà normativa).

In moltissime materie (e in quelle in particolare di interesse dei privati) i *mores* continuano, ancora nel Principato, ad essere la fonte principale e più estesa di diritto. Le *constitutiones* intervengono variamente a circoscriverne e ad orientarne il significato, ma raramente pongono direttamente la regola.

Quando ciò accade, la circostanza è esplicitamente sottolineata dalla giurisprudenza.

È per questo che il diritto potrà apparire ai Romani – secondo una formulazione che non a caso riflette un pensiero che è già in Cicerone, che ritorna esaltata in Celso ed Ulpiano e che ritroviamo in primo piano ancora con Giustiniano, che la pone in esordio addirittura dei suoi *Digesta* – espressione del *bonum* e dell'*aequum*.¹³

Non starò qui a ripercorrere tutte le letture che sono state date di questa notissima definizione (alla quale hanno dedicato attenzione

¹³ **D. 1.1.1pr.** (Ulp. 1 inst.): *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

romanisti di ogni tempo e latitudine e, di recente, pregevoli studi, tra gli altri, Wolfgang Waldstein, Pietro Cerami, Filippo Gallo, Pasquale Voci). Non ne avremmo il tempo. Né, in fondo, sarebbe credo utile.

Mi limiterò ad osservare quanto messo in luce di recente anche da Filippo Gallo. Il *bonum* e l'*aequum* – benché formulati in astratto, anzi proprio perché formulati in astratto – apparivano a coloro che li evocavano valori indicabili nella loro assolutezza, dunque per la universalità del loro contenuto. “Il binomio – ha scritto Gallo – esprime il fine perseguito dall’uomo con il complesso delle attività in cui si esplica la specifica *ars* detta *ius*, fine che consiste nella concreta attuazione del *bonum et aequum* nei rapporti che si determinano nella convivenza umana”. Il quale dunque non può essere concepito che con riguardo ad un contenuto idoneo. Non è vero che il diritto possa avere qualsiasi contenuto. Esso deve guardare a ciò che appare alla generalità “*bonum*” (deve essere dunque conforme a ciò che merita apprezzamento generale) ed “*aequum*” (espressione dunque di una valutazione che appare indiscutibile, perché simile a quella che rivela la corrispondenza che si osserva in una pesatura, quando i due pesi si bilanciano).

Il diritto – osserva Gallo (è questo il senso della definizione celsina) – né potrebbe consistere in comportamenti contrari al sentire comune, come lo sterminio di un popolo o la soppressione delle neonate partorite oltre la prima; né potrebbe giustificare comportamenti assurdi, come costruire case senza fondamenta o senza finestre, o imporre di tenere l’ombrello chiuso quando piove e aperto quando non piove. È la legge perciò – scrive l’autore – che deve subordinarsi al diritto. Non questo alla legge.

E sappiamo, del resto, anche senza scomodare i massimi sistemi e i diritti umani, come i Romani abbiano sempre sottolineato la concreta attenzione che il giurista deve (nelle piccole cose prima ancora che nelle grandi) portare al *bonum* e all'*aequum*.

Sarebbero così contrarie al *bonum*, ad esempio, la pretesa di condurre acqua da un *fons non perennis* o anche da acque perenni e tuttavia sommerse, e tali perciò da non potere *defluere extra terram* o la adozione di regolamenti delle acque tra vicini che ne presupponessero uno scorrimento in salita o una disciplina degli accordi che presupponesse qualità della cosa (che ne forma oggetto) diverse dalle sue proprie (come la sua consumabilità o indivisibilità). E sarebbero contrarie all'*aequum* soluzioni giuridiche che imponessero oneri non necessari (come una forma per la conclusione di una compravendita o di una locazione, quando dovunque questa non si richiede) o che non tenessero conto di tutte le

possibili evenienze (come quando – dovendosi considerare le cautele da assumere in favore di un nascituro circa la eredità paterna – si valutasse la situazione senza tenere conto del fatto che il parto in gestazione avrebbe potuto rivelarsi anche plurimo o non si tenesse conto che questo, avrebbe potuto (secondo almeno la esperienza che se ne aveva) essere non solo gemellare, ma anche plurigemellare e tuttavia non oltre un certo limite (che per i Romani era di tre possibili nati).

La formulazione celsina non era insomma una pura “Leerformel”. Aveva un trasparente contenuto precettivo sostanziale.

Una precisazione è tuttavia, a mio sommesso avviso, ancora necessaria (perché particolarmente indicativa della visione romana delle cose).

Il *bonum* e l'*aequum* di Cicerone, Celso e Ulpiano non avevano lo stesso concreto contenuto che essi avrebbero avuto per Giustiniano, per il quale il diritto non deve perseguire (il primato spetta infatti al *ius naturale*, ai *naturalia iura* sono per lui quelli destinati ad essere *firma atque immutabilia*) solo ciò che ha significato di buono ed equo, ma ciò che tale significato ha “sempre”.¹⁴

Mentre per l'imperatore cristiano i valori di riferimento devono essere universali anche nel tempo (devono esserlo sempre), per i Romani delle epoche precedenti (quelle nelle quali la loro visione del diritto è nata e si è diffusa), la universalità dei valori alla quale il diritto deve conformarsi è una universalità invece “storica”, relativa. Essa è costituita dalla necessaria consonanza del diritto con il sentire comune (degli uomini, non dei Romani) del tempo nel quale esso trova espressione.

Il diritto – per essere universale (e dunque accoglibile da tutti coloro ai quali si propone come criterio di disciplina delle relazioni che li riguardano) – deve essere (ovviamente, in senso tendenziale: deve insomma guardare a questo obiettivo) l'espressione di valori accettati dalla

¹⁴ D. 1.1.11 (Paul. 14 ad Sab.): *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur.*

generalità. Non di uno specifico – e circoscritto – insieme (i governanti del momento o l'occasionale maggioranza di una assemblea).

Il diritto dei Romani non propone il vero eterno (generale perciò nel tempo), ma solo quello universale (generale dunque solo nello spazio, e dunque secondo le vedute osservabili nel tempo, e perciò sempre superabile e riformabile).

È solo per questo che in esso potranno trovare espressione il diritto di mettere a morte le figlie neonate successive alla prima e il divieto poi di farlo, la aspra severità antica della *patria potestas* e il suo successivo dover consistere *in pietate* e non *in atrocitate*, il divieto di divorzio (senza giustificazione) e la illimitata libertà del medesimo, la necessità della *mancipatio* per trasferire le *res pretiosiores* e la sufficienza poi della *traditio* allo scopo, la possibilità di usucapire le servitù e il divieto di farlo poi, la necessità di pattuire la *lex vendendi* nel pegno e la sua naturale inclusione nell'accordo costitutivo del diritto poi. E via continuando.

Ed è solo in ragione di questa visione “storica” del *bonum* e dell'*aequum* (e quindi del diritto) che i Romani hanno potuto accettare tranquillamente anche la schiavitù nel loro ordinamento (in ossequio appunto alla universale – che non significa unanime – convinzione della giustificazione di essa, che se ne ebbe in ogni tempo della loro esperienza: da quella più antica alla giustiniana).

A dettare o modificare il diritto non varranno perciò, nella visione romana, le leggi (che lo potranno infatti solo eccezionalmente), ma il cambiamento delle convinzioni diffuse, che lo destituirà di fondamento sostanziale e ne imporrà la revisione delle forme.

Vi è – in questo modo di guardare al diritto – un'indicazione per i governanti di straordinaria importanza, intesa com'è a scoraggiare ogni visione ideologica di esso.

Dire che il diritto è l'attività tecnica (*ars*) tesa a dare attuazione al *bonum et aequum* nelle relazioni umane indica, nella sua semplicità ed astrattezza, due direttrici per la creazione del diritto (storicità dei valori di riferimento e necessità tuttavia di una loro percezione come generali), che – se osservate – ne assicurano una solidità politica straordinaria: lo pongono in necessaria costante consonanza con le attese di imparzialità e di argine alle prepotenze, che in ogni società ad esso si rivolgono.

Ne viene un criterio di orientamento per i politici (che lo fondano, determinando da quali regole esso debba dedursi) e per i tecnici (che lo

elaborano, dandogli concreta espressione attuativa), che ne lega l'attività e ne condiziona i relativi contenuti.

8. Veniamo ai fattori politici fondativi.

Il diritto è il contenuto normativo racchiuso in un atto politico. Questo può essere l'espressione di spontanee valutazioni generali (*mores*), ma può essere anche l'espressione di una volontà qualificata (quella di un organo cioè della collettività al quale questa abbia attribuito la potestà di emanare enunciati aventi valore vincolante generale, e denominati perciò *leges*).

Quando l'atto fondativo è formale (*lex*), è questa caratteristica che gli dà sostanza (contano chi lo emana e le procedure da osservarsi). Quando esso è invece aformale (come accade con i *mores*) si pongono delicati problemi di individuazione (quando una pratica è *mos* dal valore vincolante, e quando essa è invece manifestazione solo di un costume lecito, alla cui eventuale mancata conformazione la collettività resta indifferente?). Ma resta il fatto che solo quei comportamenti che appaiono connotati da elementi che ne permettono di farli considerare *mores* della collettività sono fondativi di "diritto".

Nessun dubbio dunque sul fatto che le regole vigenti in un certo tempo e in un certo spazio lo siano (nella visione romana) perché fondate su una determinazione collettiva (diretta: *mores*; o delegata: *leges*) della comunità che le adotta.

E tuttavia: nessun dubbio – parimenti – sulla diversa rilevanza che i due possibili modi di adozione delle regole rivestono in ordine alla loro capacità di esprimere la consonanza delle regole con il sentire comune. Sicuramente più alta quando essa trovi fondamento nei *mores*.

Dando prevalenza ai *mores* sulle *leges*, i Romani non hanno però mostrato solo di volere ricercare un diritto il più possibile espressione di valori collettivi condivisi. Hanno tenuto conto anche di un ulteriore elemento. Hanno mostrato di percepire la importanza che una flessibile formulazione delle regole può avere per una loro attuazione più aderente alle necessità del tempo.

I *mores* praticati costituiscono comportamenti ispirati da regole in costante evoluzione. Le *leges* sono enunciati irrigiditi in forme fissate nel tempo. Quando è *moribus constitutum*, il diritto è dunque necessariamente anche corrispondente ad una valutazione positiva attuale. Quando lo è *legibus* lo è nel tempo della adozione di esse. Può esserlo ancora, ma può anche non esserlo in un tempo successivo.

È per questo, credo, che i Romani hanno ritenuto che fondamento politico del diritto non possono essere solo (e nemmeno prevalentemente) enunciati formali, di eterna (nel senso di temporalmente indefinita) durata.

Da qui alcune conseguenze.

La prima, meno importante (ma non irrilevante): la speciale cautela che assiste la produzione legislativa delle regole. Non solo per le procedure richieste (rivolte come sono ad assicurare il più ampio consenso possibile alla decisione), ma anche circa i contenuti.

Nella repubblica, per essere votata, una legge deve apparire formulata con espressioni appropriate (perciò studiate, dunque valutate dagli esperti), che ne favoriscano una futura adeguata applicazione. Testimonianze molteplici, anche molto antiche, ci ricordano le discussioni che precedevano la votazione delle leggi comiziali, con la attenzione che veniva, in particolare, dedicata anche alla specifica inclusione in esse di singole espressioni. E anche nell'impero, per essere adottata, una *constitutio principis* dovrà passare al vaglio della cancelleria imperiale (e dunque dei giuristi che vi operano).

La seconda, ben più rilevante, conseguenza è la adozione di strumenti normativi complementari, in grado di garantire la costante flessibilità del sistema.

Se è vero infatti che la naturale consonanza che, nella visione romana, deve esservi tra diritto e convinzioni spontanee, fa del diritto *moribus et legibus constitutum* uno strumento di disciplina delle relazioni umane vissuto da coloro che lo osservano non come una imposizione dei governanti, ma della città (che vale perciò verso i primi non meno che verso i singoli), è vero anche tuttavia che non ne fa, per questo, uno strumento sottratto ai poteri di governo.

La esistenza di una regola non ne determina infatti la indefettibile applicazione.

L'autorità chiamata a darvi attuazione la potrà sempre disapplicare o applicare con modifiche (il che – nel diritto privato – vorrà dire: *denegatio* dell'azione civile o editto integrativo o correttivo delle regole civili).

Da sempre e per sempre è prerogativa a Roma degli organi di governo valutare la opportunità della applicazione in concreto del diritto vigente. Il *rex*, le magistrature che ne ereditano le funzioni, e poi anche il principe e i funzionari di lui (ai quali quella potestà è attribuita), potranno applicare in concreto un diritto diverso dal diritto vigente, in forza della *iurisdictio* che ne connota la carica. Lo potranno, naturalmente, con una

intensità ed indipendenza diverse (in relazione al regime politico vigente: altro sono i poteri di un governante unico investito a vita e non esposto a controlli e limiti, come il *rex* e poi il *princeps*, altro quelli di magistrati esposti alla *intercessio* – e non solo – di tribuni e colleghi), ma lo potranno sempre. Nella visione romana il “diritto” è un vincolo per i governanti, ma lo è anche con concreta e flessibile possibilità di trasparente (e dunque “politicamente” valutabile, ancora una volta ovviamente nei limiti generali in cui l’ordinamento di un certo tempo lo consente) adattamento di esso alle esigenze del momento.

In queste valutazioni essa si comporterà in modo considerato politicamente irreprensibile quando lo farà avvalendosi del pensiero giurisprudenziale corrente. Altrimenti, correrà il rischio di produrre, per dirla con il gioco di parole di Cicerone, “*ius verrinum*”.

Ma questo varrà solo un piano politico, di opportunità appunto.

Dal punto di vista dell’ordinamento, la sua attività resterà produttiva di *ius*. Di un *ius* non così considerato come quello *civile*; non eterno, ma legato piuttosto alla durata della carica; discusso e discutibile. Ma tuttavia di *ius* legittimamente applicato.

Come in materia di fondamenti sociali ispirativi, così in materia di fondamenti politici di esso (dei fattori cioè che ne legittimano la vigenza), i Romani mostrano insomma una concezione del diritto assolutamente peculiare, nella quale spicca il ruolo che – per la sua concreta determinazione – essi riconoscono ad una molteplicità di elementi (*mores*, *leges*, ma anche atti immediati e diretti di governo) in grado di tener conto della complessità delle questioni da considerare e della utilità di definirne perciò soluzioni attente a tutte le istanze necessarie (e non ad alcune soltanto di esse). Il “diritto” non è insomma solo espressione di una tecnica sapienziale che lo enuclea e lo definisce da fattori fondanti esterni. Esso può avere anche un immediato fondamento politico. È uno strumento (il principale) di governo sociale. Non può essere perciò sottratto alle valutazioni di opportunità di chi governa. Ne limita, ma non ne paralizza l’azione. Il rischio che divenga “*ius verrinum*” esiste e va prevenuto o almeno contenuto (limitando l’azione di governo). Ma non giustifica la creazione di un ordinamento irrigidito in regole “bloccate”, ingestibili o inadeguate per le circostanze.

9. E veniamo infine ai fattori tecnici formanti.

Anche da questo punto di vista, l’esperienza romana – appare per le cose che abbiamo già ricordato – caratterizzata da una visione alla quale concorrono vari elementi.

Il primo dei quali è sicuramente la natura sapienziale dell'attività tecnica che dà forma al diritto.

Si tratta di un'attività che – come sottolineava Celso – deve avere carattere di *ars*, di una condotta insomma che mira a rispondere a bisogni umani. Che deve muovere perciò (come ogni *ars*) da un'osservazione attenta della realtà (quale solo un'applicazione severa, uno *studium*, consente) e che si avvalga quindi di strumenti specifici (teorici e pratici).

Giurista non può essere perciò per i Romani chiunque. Egli deve essere il possessore di una *scientia* (quella *iuris*), di un sapere che lo distingue. Egli è dunque necessariamente un sapiente.

E tuttavia: la scienza che egli coltiva è una scienza pratica, mira a rispondere a bisogni umani. Ciò che essa produce (il “diritto”) deve dunque essere ancorato a presupposti che ne rendano verificabile l'utilità. Il prodotto dell'attività del giurista (come quello di qualunque altra *ars*) è costantemente esposto alla verifica della sua adeguatezza tecnica e della sua corrispondenza alle attese collettive.

Nulla dunque di confrontabile con il prodotto di una sapienza fondata su ragioni trascendenti ed indiscutibili.

Il diritto dei “giuristi” è sempre un diritto che l'autorità di governo può – in virtù dei propri poteri costituzionali (*iurisdictio*) – disapplicare. Esso è, del resto, l'espressione, in ogni tempo, di una *scientia* che ha cultori molteplici (anche quando essi sono il limitato numero dei membri di un collegio sacerdotale), che è esposta dunque alla variabilità e controvertibilità delle opinioni e che si consolida solo per il consenso che su queste si accumula. Senza però che, per questo, essa diventi immutabile. Otto conformi decisioni precedenti non impedirono, nel 201 a.C. al collegio pontificale di cambiare il proprio avviso circa il diritto da applicarsi in presenza di un *votum* pronunciato senza determinazione di somma.

Naturalmente, altro fu in fatto (per le dimensioni che assunse) la controversialità del diritto nel tempo del monopolio sacerdotale della *scientia iuris*, altro quella che si sviluppò nel tempo in cui – superato quel monopolio – la *scientia iuris* ebbe un numero aperto di cultori laici. E diverse dunque le preoccupazioni che ne derivarono e le esigenze che ne scaturirono (ora di argine all'eccessivo proliferare di opinioni in campo e poi anche di giuristi, o pretesi tali).

Ma la convinzione di una naturale e insuperabile contrastabilità del diritto non venne mai meno. Ancora Giustiniano sente l'esigenza di mettere a disposizione dei tribunali, non “regole” costrittive, ma “diritto”

appunto, opinioni di sapienti non necessariamente convergenti (ancorché ora selezionate e ricondotte – anche con interpolazioni – ad una tendenziale uniformità di indirizzi impensabile in passato).

L'attività formante del diritto è insomma affidata da sempre dalla città ad un ceto di specialisti, ma la forza del diritto che essi producono non è l'autorità (come lo è invece del diritto che proviene dai magistrati, che ne impongono infatti l'attuazione in virtù del loro *imperium*).

Il diritto dei giuristi si impone per la sua autorevolezza. Non si soggiace alle opinioni dei giuristi per necessità, ma per consenso (non dei singoli, ovviamente, ma della collettività nel suo insieme). Ed è perciò che solo il diritto da essi elaborato diviene *ius civile*. Quello dei magistrati (dei governanti) resta solo *ius honorarium* e la sua vita non supera, in linea di principio, la durata della magistratura che gli dà concreta espressione. Da questa speciale considerazione del diritto di produzione giurisprudenziale i Romani non si staccheranno nemmeno in età imperiale. Essi riconosceranno alle *constitutiones principum* valore fondativo analogo a quello delle antiche *leges comiziali*, ma esiteranno a confondere con il tradizionale il diritto che da esse discende (ne parleranno infatti come di un qualcosa di distinto e distinguibile: sarà *ius novum*).

La grande considerazione politica che il diritto giurisprudenziale riceve non procura al giurista solo prestigio. Lo induce anche ad una speciale cura nell'osservanza dei propri doveri.

In ragione del rilievo attribuito alle *opiniones* dei *prudentes*, il giurista romano ha dovuto da sempre misurarsi con un insieme di consensi da conseguire. Il successo del giurista si lega all'approvazione che egli riceve dalla collettività (legata alla sua concreta capacità di dare espressione al *bonum* e all'*aequum*), a quella dei suoi governanti (espressa dalla loro attenzione, variamente manifestata alla sua produzione scientifica), a quella, ancora, dei propri pari (contemporanei o successivi). Dipende insomma dalla qualità tecnica della propria *ars* e, dunque, dalla condivisibilità delle opinioni proposte (o almeno dalla rispettabilità delle stesse).

La capacità di essere attenti alla complessità dei problemi e alla conseguente necessità di prevederne soluzioni molteplici è stata insomma – anche in materia di fattori formanti – la cifra della esperienza romana del diritto.

La tendenziale preferenza così per la formazione sapienziale del diritto non ha impedito loro di vederne i limiti e i rischi. Essi vi hanno accompagnato perciò la possibilità di una sua formazione anche attraverso

canali concorrenti, più spiccatamente e immediatamente politici (quali quelli espressi dai detentori della potestà di governo), ma senza, per questo, perdere di vista – d’altro lato – la necessità di non provocare un contrapposto e altrettanto negativo sbilanciamento delle cose.

10. Se, in conclusione di queste riflessioni, volessimo sintetizzare in una parola ciò che ha caratterizzato la visione romana del diritto, non vedrei altra espressione possibile che quella “equilibrio”.

Il loro è stato uno sforzo costante di comporre in un equilibrio possibile (e perciò accolto) la molteplicità delle istanze che stanno a fondamento della disciplina sociale dei fatti. Non a caso hanno visto nell’*aequitas*, o meglio nella ricerca di questa, il valore al quale ancorare la loro esperienza (Cicerone parlava del *ius civile* come di “*aequitas constituta*” e dell’*aequitas* come di qualcosa che era “*iustitiae maxime propria*”).

Ne è derivato, nei secoli, un “diritto”, che guarda alla “certezza” senza esserne schiavo. Nel quale *ius certum* e *ius controversum* possono avere perciò la stessa dignità.

Un diritto ispirato a valori universali e perciò tendenzialmente “inclusivo” (può applicarsi agli stranieri immigrati, ma anche agli stranieri che se ne mostrino interessati e che perciò spontaneamente vi si conformino), ma non anche necessariamente tale (se ne può perciò difendere talora una specificità assoluta, che ne escluda ogni automatica applicabilità ai non Romani).

Un diritto che deve essere approvato nella quotidiana azione di governo (che è dunque costantemente sollecitato a ridiscutersi e rinnovarsi). Un diritto esposto ad una continua verifica delle ragioni che lo giustificano e che possono perciò assicurargli consenso (deve avere sempre una *ratio*: non è perciò diritto il *privilegium*).

I Romani non hanno inventato insomma il diritto come strumento di regolazione sociale. Esisteva dovunque prima di loro. Ed esiste dovunque indipendentemente da loro.

Né lo hanno pensato come il frutto di una attività puramente sapienziale, alla quale soggiacere. Anzi. Non hanno negato il ruolo decisivo dei sapienti nella sua creazione. Ma hanno voluto che i loro “sapienti” fossero esposti ad una verifica sociale quotidiana, fossero riconosciuti tali cioè per la loro capacità di essere efficaci (nel che videro il solo possibile fondamento del consenso collettivo alla loro attività).

Rispetto agli altri popoli antichi, essi hanno solo percepito più lucidamente la complessità dei problemi ai quali il diritto (come ineludibile

strumento di regolazione sociale) è chiamato a dare soluzione. E si sono, in coerenza, preoccupati perciò di regolare l'intero processo vitale di esso (dalla sua creazione, alla sua applicazione, ai modi attraverso i quali può assicurarsi ad esso il necessario consenso sociale).

Nel farlo si sono lasciati ispirare da una logica comprensiva e non selettiva. Virtuosa è – nella loro visione – la ricerca, nella disciplina dei fatti (fin dove almeno possibile), della composizione dei vari elementi in concorso. Con la conseguente ammissibilità di gerarchie mobili e non assolute di valori ispirativi.

In virtù di tale loro visione delle cose, essi non hanno solo affermato, ma hanno anche mostrato cosa voglia dire vedere nella società politica un *coetus hominum iure sociatus* (tenuto insieme dal diritto, che ne fa un intero nonostante le svariate diversità che lo compongono).

Sul piano dei concreti contenuti che ne hanno caratterizzato la vicenda storica, quello dei Romani si è connotato (in materia di relazioni private: il solo per il quale il problema concretamente si pone e il solo, del resto, che ha conservato rilevanza nel tempo) per la elevata relativa neutralità delle soluzioni adottate rispetto ai concreti assetti di governo. Esso ha guardato (dandogli forma di criterio disciplinatore: di *ius* appunto), almeno in linea di principio, al punto di vista degli uomini (ai loro *mores*), non a quello dei loro governanti. E lo ha fatto (con la costante attenzione rivolta al metodo casistico) attraverso uno studio delle esigenze da soddisfare estremamente attento e penetrante.

Quello che storicamente si è sedimentato è stato così un diritto di altissima (per quel che può esserlo una costruzione umana) qualità. Sia nelle sue soluzioni certe, sia in quelle controverse. Lo è stato, naturalmente, con riferimento alle esigenze di un certo tempo e ha potuto perciò continuare ad esserlo fino a quando lo sviluppo delle tecniche e i cambiamenti conseguenti non ne hanno mostrato i limiti. Ma lo è stato a lungo e con giustificazione.

Oggi, certo, sarebbe privo di senso ritenere che la disciplina sociale dei fatti possa essere ancora (anche solo in larga misura) quella immaginata dai Romani, che resta inesorabilmente una vicenda storica e relativa (come essi stessi per altro, come prima ricordavo, la percepirono, considerando il loro diritto – nonostante la grande tradizione che eventualmente lo sostenesse – esposto sempre alle necessarie revisioni).

E tuttavia trovo preoccupante, se mi è permessa una osservazione personale, la distanza che il nostro tempo sembra volere marcare non dai contenuti (che mi appare un fatto del tutto condivisibile), ma dalla visione

culturale che i Romani ebbero del fenomeno giuridico e dalla conseguente percezione della potenziale capacità del diritto di governare la complessità sociale.

Il dilagare che nei nostri tempi osserviamo di visioni ideologiche, che spingono nella direzione di un diritto tutto espressione del dirigismo dei governi, propone il rischio di una convivenza politica che assuma come ordinario criterio regolatore delle relazioni sociali non la “mediazione” (quale un certo modo di intendere il diritto può favorire), ma la “forza” (sia pure quella legittima derivante dall’autorità ed espressa dal diritto che essa impone).

È una posizione che il mondo antico ha già sperimentato nel nome della democrazia egualitaria (si pensi alla Grecia). Ma ne sono venute rovine. Ed è una posizione che anche il mondo contemporaneo ha sperimentato (in modo speciale nel secolo che si è da poco concluso), nel nome di visioni negatrici, al contrario, della uguaglianza e della democrazia. Con disastri ancora più grandi.

Il problema non sono i valori che lo ispirano. Il problema è il dirigismo elevato a criterio unico di governo. È questo il monito che ci viene dalla visione dei Romani. Il vero *proprium*, a mio sommesso avviso, della loro idea del diritto.