

## TRA EUROPA E AMERICA LATINA; PRINCIPI GIURIDICI, \* TRADIZIONE ROMANISTICA E 'HUMANITAS' DEL DIRITTO

Luigi Labruna<sup>1</sup>

Professor de Direito Romano e História da Ciência  
Romanística da Universidade de Nápoles Federico  
II.

Resumo:

Da Europa considerada sobretudo um fenómeno cultural, o autor traça um paralelo com a América Latina das tradições romanas e humanas do direito iniciando pelos princípios jurídicos que regem os dois continentes. O tema inclusive foi abordado quando da visita do autor à Universidad de Buenos Aires, no Salão Vermelho da Faculdade de Direito em abril de 2004.

---

\* Con l'aggiunta di note essenziali, è la traccia della lectio doctoralis dettata il 16 marzo 2004 nel Salón Rojo della Universidad de Buenos Aires, in occasione del conferimento del dottorato honoris causa da parte della Facoltà Giuridica. Dedico, con affetto fraterno, a Monique Clavel-Lévêque, che per prima osò pronunciare, per me, a Besançon, nel 1991, una laudatio.

Il testo spagnolo della lezione è in *La Ley* (Buenos Aires, Viernes 2 de abril de 2004) p. 1 ss. Queste le parole introduttive: «Magnífico Rector, Profesor Guillermo Jaim Etcheverry, Ilustre Decano de la Facultad de Derecho, Profesor Atilio Alterini, Señor Embajador de Italia, Roberto Nigido, autoridades, colegas, estudiantes, señoras y señores. Representa para mi un gran privilegio inmerecido ser nombrado entre los doctores de la prestigiosa Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, una de las mas significativas expresiones de la cultura juridica latinoamericana, una comunidad que ha podido desarrollar en estos años de democracia, una fuerte defensa de los derechos humanos y de sus garantfas. Creo que sólo vuestra benevolencia - comenzando por la del Consejo Directivo y del colega Andrés D'Alessio, en particular - ha podido hacer realidad el evento que hoy nos reúne y que corona una antigua y larga experiencia de colaboración, estudio y solidaridad entre las Universidades italianas, donde tengo y he tenido el honor de enseñar, el sistema universitario italiano que represento en mi calidad de Presidente del Consejo Universitario Nacional y las Universidades argentinas. El decano Alterini, con la autoridad e indulgencia con la que me ha tratado y que agradezco, me ha hecho recordar algunos momentos de mi larga vida académica. Naturalmente, se ha excedido en sus consideraciones hacia mi persona. Yo sólo he intentado no traicionar la enseñanza de mis maestros Antonio Guarino y Max Kuser, en la investigación de un sector fascinante y difícil en el cual se unen disciplinas históricas, filológicas y jurídicas que fundan la cultura y los valores del Humanismo».

Ringrazio vivamente per l'aiuto prezioso il professor Cosimo Cascione e per la lettura critica, amichevole, attenta ed acuminata che di queste pagine separatamente hanno fatto e per i non pochi suggerimenti di cui in parte ho potuto tener conto, i professori Pierangelo Catalano, Alberto Filippi e Sandro Schipani. La prof. Irma Adriana García Netto ha rivisto la versione finale per l'Argentina del testo tradotto in castigliano dalla Dr. Teresa Martín Sánchez.

1. Este trabalho foi recomendado a ser publicado nesta Revista pelo Professor Titular de Direito Romano e Diretor desta Faculdade de Direito, Doutor Eduardo Csar Silveira Vita Marchi e pelo Professor Titular de Filosofia e Teoria Geral do Direito desta Faculdade de Direito, Doutor Celso Lafer.

## Abstract:

By considering Europe a cultural phenomenon, the author traces a parallel with Latin America of the Romans and human beings traditions of the law initiating for the legal principles that conduct the two continents. The subject was also boarded when the author visited the University of Buenos Aires, in the Red Hall of the Law School in April of 2004.

**Unitermos:** Europa e América Latina; Direito Romano; Universidade de Buenos Aires.

**Keywords:** Europe and Latin American; Roman Law; University of Buenos Aires.

Los laberintos que crea el tiempo se desvanecen (F. García Lorca)

1. *Europa e America Latina.* Un grande storico e giurista del Novecento (talvolta incompreso o malcompreso), Paul Koschaker,<sup>2</sup> in un'opera sua fondamentale per intendere la storia del vecchio continente, ebbe a scrivere che l'Europa è «anzitutto» un fenomeno culturale. Oltre che un concetto geografico, dunque, una sintesi di elementi (appunto) «culturali», tra i quali occupa un posto di assoluto rilievo il diritto di Roma, l'esperienza giuridica pubblicistica e privatistica di una comunità che nell'èvo antico seppe espandersi territorialmente in gran parte del continente, ed in vaste aree dell'Asia e dell'Africa. Esperienza che, grazie ai testi nei quali era conservata (e ad alcune ininterrotte consuetudini), fu costantemente riconosciuta, dopo la crisi politica di quella comunità, come un patrimonio irrinunciabile per l'ordinato svolgimento della vita economica e sociale di quelle realtà politiche, diversissime tra loro per struttura e dimensioni, che in Europa si costituirono nell'epoca di mezzo e fino all'età contemporanea. Non sarebbe utile proporre qui, oggi, una sintesi della storia del cd. *ius commune*, quel diritto romano rivissuto (talvolta capito male, talvolta ideologicamente utilizzato) e perciò trasformato, adattato alle esigenze di società sempre nuove che vi si riferivano attraverso l'opera di legislatori, studiosi e pratici. Si può tentare, però, di congiungere i principi che dal *ius* di Roma antica ed attraverso il diritto comune, fino ad oggi sono rimasti vitali, con la percezione *dell'aequum et bonum* (cioè del giusto e dell'onesto) che deve sostanziare ogni ordinamento che sia giuridico. che

---

2. *Europa und das römische Recht*<sup>3</sup> (rist. 1958. trad. it. 1963).

manifesti cioè proporzionalità nei rapporti tra soggetti e tra questi ed il potere. Qui oggi occorre farlo mostrando l'intima relazione che proprio su basi romanistiche esiste tra i diritti dell'Europa continentale e quelli dell'America latina. Una relazione che in alcuni ambiti diventa di importante feconda reciprocità storico-politica, come ha acutamente dimostrato, tra gli altri, Alberto Filippi.<sup>3</sup> Si pensi, ad esempio, a quegli aspetti del costituzionalismo romano che ebbero a segno distintivo il valore della *libertas* (della libertà repubblicana) e sono riassumibili nel *dictum 'res publica res populi'*. Essi hanno informato la riflessione teorica e l'azione pratica dell'indipendentismo e del repubblicanesimo latinoamericani fin dagli inizi del XIX secolo, per poi essere recepiti (nella loro rinnovata originalità e maggiore complessità) dalle «menti più lucide» e nei «momenti politici più alti» della storia d'Europa, col proclamare «la necessità assoluta dell'uguaglianza e della libertà di tutti (gli uomini e le nazioni)».

L'impatto straordinario di un evento realmente epocale come la scoperta delle Americhe,<sup>4</sup> costituì segno forte di un tempo nuovo, la cui portata spirituale, oltre che politica, oltre che economica, ha determinato una salda congiunzione giuridica tra i due continenti<sup>5</sup> al punto tale che è stato possibile dire che le due aree (europea e latinoamericana) «formano una sola area spirituale, culturale, giuridica ed anche in certo modo sociale, economica e politica che la scienza giuridica romana saldamente cementa ed unifica...».<sup>6</sup> In qualche modo è come se la scoperta abbia determinato una nuova fondazione del concetto di Europa,

---

3. Così A. Filippi, *Dalle Indias all'America latina. Saggi sulle concezioni politiche delle istituzioni euroamericane* (Camerino 1999) spec. 108 s. In merito alle trasformazioni americane delle istituzioni medievali iberiche, rinvio al saggio dello stesso autore, *Institutiones e ideologias en la independencia Hispanoamericana* (Buenos Aires 1988) spec. cap. I.

4. Con uno schematismo forse ingenuo, ma sicuramente utile, abbiamo tutti da sempre imparato che il «moderno» è nato il 12 ottobre del 1492.

5. Si trattò, per gli uomini che lo compresero, dell'evento «più grande e più ammirabile» dalla predicazione degli apostoli in poi, secondo le parole di Giovanni Botero (*Relazioni universali* parte IV [Roma 1956] 1.2). L'ampliamento dell'orizzonte fisico diede agli uomini del Cinquecento l'orgoglio della conoscenza, il sentimento esaltante di possedere «le infinite meraviglie non conosciute dagli antichi»: B. Varchi, *Lezioni sul Dante e prose varie* I (Firenze 1841) 145.

6. «... *Unitas et pax orbis ex tunc*»: cito dal messaggio inviato da Giorgio La Pira al primo Seminario interdisciplinare dell'ASSLA del '74, pubblicato in *Quaderni Latinoamericani* I (Firenze 1977) 10; cfr. P. Catalano (cur.), *Sull'Europa, sull'insegnamento e l'applicazione del diritto romano (1922-1974): citazioni scelte di C. L. P.*, in *Index* 23 (1995) 42.

un concetto antico e classico, che però restava chiuso in una sorta di solipsismo.<sup>7</sup> Per queste strade, nella «prospettiva storica solida e documentata» delle scienze ed insieme degli scienziati, si può vedere l'ansia dell'uomo nuovo di valutare positivamente l'esploratore, il «meccanico»,<sup>8</sup> personaggi dalla rinnovata «cultura» insieme con il filosofo naturale, il virtuoso o «libero pensatore», in contrasto direi esistenziale con il sapere dei monaci, dei santi, dei maghi, anche di quei professori o *clerici* che insegnavano e studiavano nelle Università d'Europa, tutti per un verso o per un altro ancorati ad un 'antico' ormai metabolizzato e sempre uguale a se stesso. Anche attraverso le scoperte, che non tardano a divenire il mito della modernità che vive del nuovo, l'uomo vive finalmente un sapere suo proprio, al di fuori di debiti contratti da secoli. Così si rinnova. «Semplici marinai ha scritto il filosofo e storico della scienza Paolo Rossi ... sono in grado di *vedere* il contrario di quanto filosofi greci e Padri della Chiesa hanno affermato circa l'abitabilità delle zone torride, l'esistenza degli antipodi, la navigazione negli Oceani, la intransitabilità delle colonne d'Ercole».<sup>9</sup> Se è vero, dunque, che «un'Europa senza storia sarebbe orfana e miserabile»,<sup>10</sup> la storia d'Europa deve molto alla storia delle Americhe. In primo luogo a quella dell'America latina che è da una parte l'incunabolo vero della scoperta, dall'altra il luogo in cui, a fronte delle pur drammatiche vicende della conquista e della colonizzazione, persiste una storia ed una cultura aborigena in comunicazione originaria e più profonda con la migrazione proveniente dal cd. vecchio continente.

Nel campo del diritto la svolta della conoscenza (che s'intreccia con i motivi dell'Umanesimo, che pure significano rivalutazione dell'uomo a fronte delle mortificazioni medievali) in Europa significò soprattutto - detto molto in breve applicazione della filologia allo studio del *Corpus iuris civilis* di Giustiniano, *ius (Romanum) commune* delle diverse nazioni europee nel segno d'una idea imperiale che sempre più andava sbiadendo, nell'ottica di un sostanziale rigetto di un diffuso,

---

7. Attorniato da tutto quanto Greci e Romani già avevano sagggiato ed in qualche modo possedevano o s'illudevano di possedere, Asia ed Africa: C. Allègre, *La sconfitta di Platone. La scienza del XX secolo* (tr. it. Roma 1998) 262 s.

8. P. Rossi, *La nascita della scienza moderna in Europa* (Roma-Bari 1997) 24.

9. *La nascita della scienza moderna cit.* 75.

10. J. Le Goff, *Prefazione*, in P. Rossi, *La nascita della scienza moderna cit.* vii.

tradizionale approccio fideistico rispetto ai testi antichi. Significò, insomma, razionalizzazione del sapere giuridico. Una razionalizzazione che andò di pari passo con «l'impallidire dell'antico»,<sup>11</sup> che caratterizzò sempre più profondamente la cultura europea e rappresentò uno dei frutti tardi e perciò pienamente maturi, della Rinascenza. Se da un lato, fuori d'Italia soprattutto, la reazione contro il dogma della perfezione e della superiorità degli antichi trovava alimento anche nella reazione dell'orgoglio nazionale, delle patrie che andavano nascendo, contro l'Umanesimo, *proprium* del «genio» italiano, dispregiatore in massima degli altri popoli, dall'altro motivi più generali intervennero a porre più decisamente, nell'iniziantesi età barocca, il parallelo tra gli antichi e i moderni e a far tramontare i miti, i modelli irrigiditi del passato. «È ... l'ammirazione per le nuove invenzioni, su tutte quella della stampa ... e l'influsso che cominciano ad esercitare sulla *forma mentis* degli uomini delle scienze, in cui l'appello a Plinio e alle altre autorità fino, poi, ad Aristotele, il filosofo per eccellenza comincia a contrastare, specialmente nella scienza non ufficiale, non cattedratica, l'appello all' "esperienza" madre del conoscere».<sup>12</sup>

In America si determinò la diffusione di una cultura giuridica sostanzialmente romanistica nell'*humus* delle istituzioni indigene di origine precolombiana.<sup>13</sup> il diritto castigliano e l'ordinamento canonistico soprattutto, ma anche (sia pure più parzialmente) il diritto francese, quello portoghese ed alcune proposte di ordinamenti utopici (dall'applicazione delle idee di Tommaso Moro, a quella della *Repubblica* platonica). Anche ad Alberto Filippi dobbiamo riconoscenza per una più affinata percezione critica<sup>14</sup> dell'influenza che gli «umanisti civili» (specie fiorentini) e poi la trattatistica «repubblicana» del Cinquecento hanno avuto sui costituzionalisti americani, a partire da Simón Bolívar fino ai costituzionalisti

---

11. F. Chabod, *Scritti sul Rinascimento* (Torino 1967) 107.

12. F. Chabod, *ibid.*

13. Per un'introduzione al problema storico si v. A. Garcia-Gallo, *La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América Española 1492-1824*, in *Index* 6 (1976) 3 ss.; più ampia, approfondita e critica la ricostruzione etno-politica in A. Filippi, *Dalle Indias all'America latina* cit. I ss.

14. Cfr. A. Filippi, *Dalle Indias all'America latina* cit. xix.

argentini del secolo scorso, tra i quali Juan Bautista Alberdi.<sup>15</sup> Ne è scaturito un vivace pluralismo giuridico fino ed oltre l'età delle grandi codificazioni, che in questi Paesi - dopo la liberazione dal colonialismo - hanno avuto protagonisti assoluti. Che - tra l'altro - hanno ristabilito (o almeno tentato di ristabilire, di fronte alle oscillazioni della storia) il concetto costituzionale romano di *res publica* come *res populi*. Questa osservazione s'invera in modo del tutto peculiare nella vicenda umana e scientifica di Dalmacio Vélez Sarsfield, uno dei grandi giuristi latini del XIX secolo (pratico, politico, professore, legislatore),<sup>16</sup> capace, proprio qui in Argentina, di dar vita ad un diritto saldamente consapevole delle proprie remote variegate origini, ed allo stesso tempo straordinariamente moderno. Il giurista di Cordoba, «che ci ha dato la codificazione più romana: per il metodo, prima ancora che per il contenuto»,<sup>17</sup> ci ha anche mostrato l'importanza «costituzionale» del diritto romano.<sup>18</sup>

Ed è per questa congiunzione, centrale nella storia della tradizione romanistica, che *Index*, la rivista di cui celebriamo i primi trenta volumi,<sup>19</sup> nel segno di un progetto che ebbe inizio nell'ormai lontano 1970, ha rivolto sempre un'attenzione tutta particolare, seppur non esclusiva (giacché costante è sempre stato l'impegno a cogliere ed interpretare e quando possibile a favorire il risveglio di tutti i «segni romani» percepibili nella realtà giuridica contemporanea d'oriente e d'occidente, del nord e del sud del mondo) alle vicende dello studio storico del diritto nell'America Latina, tanto da dedicare già nel 1973 un volume speciale

---

15. J.B. Alberdi, *Bases y puntos de porfido para la organización política de la República Argentina* (Valparaiso 1852).

16. Si v. il bel volume di S. Schipani (cur.), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano* (Padova 1991); cfr., inoltre, M. Rosti, *Il contributo di Vélez Sarsfield al diritto dell'Argentina indipendente*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 33/2 (2003) 465 ss.

17. P. Catalano, *Osservazioni sul romanesimo di Vélez Sarsfield*, in S. Schipani (cur.), *Dalmacio Vélez Sarsfield* cit. l. 7.

18. Cfr. in special modo O. Behrends, *Le codificazioni romanistiche e le costituzioni moderne (sull'importanza costituzionale del diritto romano)*, in *Dalmacio Vélez Sarsfield* cit. 195 ss.; G. Recchia, *Il contributo di Vélez Sarsfield alle discipline pubblicistiche ed al 'costituzionalismo latino'*, *ivi* 489 ss.

19. Cfr. le relazioni di C. Cascione, I.A. Garcia Netto, C. Masi Doria, F. Mercogliano e N. Rinaldi per la presentazione del volume speciale di *Index* 31 (2003) [«Indici dei volumi 1-30 (1970-2002)»], svolte nel Salón Rojo della Facultad de Derecho dell'Università di Buenos Aires il 16.3.2004, in corso di pubblicazione in *Iura*.

(presto esaurito e solo ora ristampato) al tema.<sup>20</sup> Su questo versante ha intensamente lavorato quel «Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano» che Pierangelo Catalano, presidente, Luigi Capogrossi Colognesi ed io fondammo sempre agli inizi degli anni '70 e di cui *Index*<sup>21</sup> diventò, dal vol. 3 (1972), «organo». Irrobustito ben presto con l'apporto straordinariamente efficace di Sandro Schipani,<sup>22</sup> e poi di Ignazio Buti e Giovanni Lobrano,<sup>23</sup> il «Gruppo» trovò subito in Argentina e soprattutto qui a Buenos Aires, un terreno fertilissimo ed una collaborazione fervida che ancor oggi si perpetua: lo testimonia la sensibilità di colleghi di varie Università e in particolare quella di un latinista, storico, romanista, purtroppo prematuramente scomparso,<sup>24</sup> Angel Enrique Lapieza Elli, che del «Gruppo», fu subito

---

20. *Index* 4 (1973): «Diritto romano e Università dell'America Latina». Indagine diretta da Pierangelo Catalano con il patrocinio dell'Istituto Italo-Latino Americano, pubblicato - come gli altri volumi della rivista sino al 13 (1983), dalle Edizioni Scientifiche Italiane - è stato ora ristampato dall'attuale editore, Jovene, Napoli. «con ocasión del doctorado honoris causa en Derecho, otorgado al Director de *Index* Prof. Dr. Luigi Labruna por parte de la Universidad de Buenos Aires el 16 de marzo del 2004».

21. Fondata presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino con un esplicito programma enunciato nel primo Redazionale («*Index*»), da me firmato, e nella «Nota per *Index*» di P. Catalano, rispettivamente a p. ix s. e xi del voi. 1 (1970): cfr. C. Masi, *art. cit.* (*supra* nt. 18).

22. Menzionato tra i membri del «Comitato esecutivo» del «Gruppo di ricerca» già nel risvolto di copertina di *Index* 5 (1974/75) significativamente intitolato «Giuseppe Grosso con noi».

23. Menzionati tra i membri di quello che è diventato il «Comitato direttivo» del «Gruppo» a partire dal voi. 15 (1987). Da tale organismo chi scrive, nel frattempo ritenne di dover uscire, pur mantenendo la direzione della rivista, a partire dal voi. 15 (1987), avendo assunto gli uffici, prima, di presidente del Comitato Nazionale per le Scienze giuridiche e politiche del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) e poi, dal 1999, del Consiglio Universitario Nazionale (CUN).

24. Alla sua memoria dedicammo *Index* 14 (1986) con una commossa rievocazione di P. Catalano, Angel Lapieza Elli (1922-1984) a p. xiii ss.

interlocutore,<sup>25</sup> insieme con Nelly Dora Louzan de Solimano.<sup>26</sup> Il fulcro dell'interesse di *Index* poi cresciuto nella più recente e ben più specializzata *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America latina*, fondata e diretta da Sandro Schipani - sta in quella riconosciuta «influenza permanente» (permanente e perciò sempre nuova) che il diritto romano ha avuto, nei concetti e nel linguaggio giuridico dei Paesi latinoamericani.<sup>27</sup> Si tratta<sup>28</sup> del «nucleo storicamente forte del diritto romano», che ha un valore politico, oltre che giuridico, ai fini della produzione di diritto uniforme. E, invero, unità, specificità e universalismo dell'esperienza giuridica

25. Rispondendo alla prima inchiesta sull'insegnamento della nostra disciplina in America Latina. Lapieza Elli partecipò, poi, alla costituzione a Sassari del «Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho romano», di cui sino alla fine fu rappresentante. Inaugurò a Buenos Aires, nel 1974, il «Centro de Investigación, Documentación y Difusión del Derecho Romano» (cfr. A. Lapieza Elli, *Palabras ...* in *Index* 6 [1976] 206 ss.); cooperò in maniera determinante alla organizzazione, a Buenos Aires, dal 27 luglio al 1° agosto 1976, del Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, che si concluse con una mozione in cui, «con spirito polemico di fronte a manifestazioni culturali che in quello stesso anno volevano ricordare il 476 come data della 'caduta' o della 'fine' dell'Impero Romano d'Occidente ... si sono celebrati i 1500 anni di tradizione romanistica occidentale, riaffermandone la permanente vitalità e la vocazione universalista» (cfr. P. Catalano, *Index* 6 [1976] ix s.). Nel 1977 fu eletto presidente dell'appena costituita «Sección Argentina» della Assla, con sede presso l'Istituto Italiano di Cultura, e si rese promotore del Seminario Italo-latinoamericano sul conflitto delle Isole Malvine, svoltosi a Torino nel maggio dell'83: gli atti sono in *Mando nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos* dell'Istituto de Altos Estudios de America Latina. Universidad Simón Bolívar, Caracas a. VI n. 19/22 (1983). Tra le iniziative dell'Assla-Argentina è da ricordare la raccolta di scritti su *El derecho italiano e su influencia en el derecho argentino*, curata dallo stesso Lapieza Elli e pubblicata in *Nuovi Quaderni italiani* 8 (1982) 131 ss.

26. Di Nelly Dora Louzan de Solimano, ora presidente della «Asociación de Derecho Romano de la República Argentina» è da ricordare almeno il suo *Curso de historia e instituciones del Derecho Romano* (Buenos Aires 1979, rist. 2003) e, in col. con Nélida E. Trincarelli, *Derecho civil. Parte generai* I2 (Buenos Aires 1994), e ancora, in col. con Horacio A. García, *Teoria generai de las obligaciones* (Buenos Aires 1998).

27. Cfr. P. Frezza, *Lettera in occasione del «Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Romano»* (Buenos Aires, 27 luglio-1 agosto 1976), in *Index* 6 (1976) 82: «Accettare un linguaggio tecnico come proprio vuoi dire rivestire e sostenere il proprio pensiero con una già solida nervatura costituitasi nell'area di un altro pensiero ... Così si può parlare di obbligazioni, di successione, di servitù, di usufrutto, adozione, emancipazione, e via dicendo ... Ma io vorrei mettere in evidenza l'altro aspetto del fenomeno della diffusione del diritto romano, che si rivela a chi consideri il diritto romano non più soltanto come linguaggio tecnico, ma come *aequitas constituta*, per usare la parola degli antichi nostri maestri: ossia come sistema di relazioni aventi un assetto strutturale tipico: più brevemente, come sistema di istituzioni».

28. Lo ha più volte messo in evidenza Pierangelo Catalano sulle pagine di *Index*: particolarmente significativo il corsivo *Diritto e storia*, nel volume 6 (1976) 1 s., cfr. *Id.*, // *diritto romano attuale dell'America Latina*, *ivi* 87 ss.

latinoamericana<sup>29</sup> consentono una verifica più completa, matura e consapevole della validità dei principi romanistici.

2. *Principii giuridici.* - La storia come «elemento vitale» del sistema giuridico (Catalano) si connette con il concetto di «spirito del diritto romano» (Jhering), i cui caratteri fondamentali, pur suscettibili di una rilettura critica, appaiono sostanzialmente stabili. E spiegano perché, nel corso di tanti secoli ed in ambienti geopolitici diversi, il *ius Romanorum* sia stato considerato (con simpatia od ostilità, non importa) «il diritto per eccellenza», costituendo una delle basi portanti della «civiltà occidentale», nelle sue tante evoluzioni europee e americane. Da un lato la libertà per il soggetto di diritto, pienamente capace di svolgere responsabilmente la propria attività nell'ambito della sfera di autonomia riconosciutagli dall'ordinamento; dall'altra la certezza delle norme e delle situazioni giuridiche. Fritz Schulz, romanista tedesco perseguitato nel corso della più immane barbarie del secolo appena trascorso (la quale giova ricordarlo programmaticamente s'opponeva allo studio ed all'insegnamento del diritto romano), in un aureo suo libriccino, ha riassunto i «principii del diritto romano». <sup>30</sup> Si tratta di principii («inizi in senso forte», secondo l'acuta interpretazione di Schipani<sup>31</sup>) in massima parte ancora oggi validi per qualificare un sistema giuridico, e capaci di governarne lo sviluppo storico. Ecco, dunque, le idee fondamentali, in tema di diritto e giustizia, di quei Romani che si occupavano della produzione e dell'applicazione dello *ius*, cioè di quell'ordine giuridico che essi si erano creato quale «insuperata sintesi di autorità e libertà» per usare un'espressione forte ma

---

29. S. Schipani, *Nota*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 1 (1996) ix ss.; P. Catalano, *Principios romanos 30 anos después (de México 1972 a Cuba 2002)*, in *Roma e America Latina* 14 (2002) 3 ss.

30. F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts* (München 1934); della ormai classica tr. it. di V. Arangio-Ruiz (Firenze 1946) è stata effettuata una utile ristampa anastatica (Firenze 1995).

31. '*Principia iuris. Potissima pars principium est*' *Principi generali del diritto. Schede sulla formazione di un concetto*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto ... Recherche F. Gallo* III (Napoli 1997)631 ss., spec. 633 [in versione spagnola ridotta in *Roma e America Latina* 3 (1997)3 ss.].

particolarmente significante di Francesco De Martino,<sup>32</sup> giurista e politico illuminato, saldamente attestato sulla difesa delle libertà umane.<sup>33</sup> Pochissime norme legislative (in senso lato, poste cioè in via autoritativa). Moltissimo diritto consuetudinario (anche qui in senso lato). Separazione del dato giuridico dal non giuridico, con progressiva riduzione dell'ordinamento giuridico a sistema autonomo e la costituzione in via eminente d'una scienza del diritto privato. Una certa (ma significativa) riluttanza alle formulazioni astratte. Semplicità nella costruzione giuridica. Chiarezza nel linguaggio. Coscienza nazionale. Spirito di libertà: libertà *naturalis* o di fatto, libertà personale, libertà politica; la *libertas* repubblicana nei suoi aspetti di garanzia del singolo e di divieto dell'arbitraria coercizione - è il fulcro dei *principia iuris* romani, come stadio di perfezionamento ed innalzamento dell'uomo. In quanto tale è stata, con fondatezza interpretativa, posta alla base di significative riflessioni antimperialistiche.<sup>34</sup> Rispetto dell'autorità liberamente

---

32. *Individualismo e diritto romano privato*, già in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2a s., 16/1 (1941) 1 ss., e ora in F. De Martino, *Diritto e società nell'antica Roma* a cura di A. Dell'Agli e T. Spagnuolo Vigorita (Roma 1979) 248 ss., spec. 302, da leggere insieme con le più recenti considerazioni dell'A. espresse nella *Introduzione* a p. xvii e ss.: «... *Individualismo e diritto romano privato*, ... fu pubblicato nel 1941, allorché infuriava la guerra e l'Italia era esposta al rischio di perdere qualsiasi autonomia nazionale di fronte alla supremazia crudele della Germania hitleriana ... Io scelsi la difesa ad oltranza del diritto romano contro gli attacchi del nazionalsocialismo, che aveva scritto nel suo programma la lotta contro il diritto romano in quanto diritto del capitalismo. Ma questa era semplicemente una ipocrisia ed una mistificazione, perché il vero motivo ispiratore di questa teoria nazista era la lotta contro i principi civili ereditati dal diritto romano, i quali consistevano nella tutela della libera personalità. Il diritto romano, come fu in altri periodi della storia, era dunque il diritto della libertà contro il potere statale illimitato, cioè l'assolutismo. Fu questa convinzione che mi spinse a scrivere quell'articolo ... mirando a contrastare l'accusa che il diritto romano fosse individualistico e tentando di dimostrare che in esso erano invece molto forti la considerazione degli interessi sociali e la preminenza di quelli collettivi su quelli individuali...». Il lavoro di De Martino è stato di nuovo ristampato in *Diritto economia e società nel mondo romano* 1 (Napoli 1995) 443 ss., e, in volume autonomo, nella collana «Diritto romano e sistemi giuridici. Testi, 2» (Torino 1999) p. xxii, 55, ove si trovano premessi una nota editoriale (p. v), un *Indice* (p. vii-viii) e l'importante *Introduzione* citata al l. voi. degli *Scritti* (p. ix-xxii); è aggiunto, inoltre, un *Indice delle fonti* a e. di M. Cellurale (p. 53-55). La traduzione in casigliano, a cura di F. Hinestrosa, è apparsa, con il titolo *Individualismo y derecho romano privado* (Bogotá 1978). Sull'opera si v. le immediate e sostanzialmente consonanti osservazioni di G. Grosso, in *SDHI*. 8 (1942) 322 ss. [*Scritti storico giuridici IV. Recensioni e ricordi* (Torino 2001) 187 ss.].

33. Cfr. la significativa (e bella) lettera (ora in *Index* 30 [2002] 1 s.) scritta al giovane De Martino da Giorgio La Pira, membro della Commissione che gli conferì l'ordinariato nel 1942: «Ho letto con vivissimo interesse *l'Individ.ef.* Bisogna stare attenti su questa trincea della dignità della persona: è un tema essenziale per la civiltà umana e cristiana». Su di essa ancora interessanti notazioni autobiografiche del destinatario in Ermanno Corsi, *Francesco De Martino. Una teoria per il Socialismo* con una testimonianza di F. Casavola (Napoli s.d., ma 1987) 16.

34. Si v. fr. A. Filippi, *Dalle Indias all'America latina cit.* 98 s.

accettata (*auctoritas*). *Fides* come vincolo alla parola data e impegno di cooperazione. Certezza del diritto e fiducia nella sua attuazione. Infine: senso della tradizione e *humanitas*, umanità.

Almeno questi due ultimi punti, proprio nella prospettiva della connessione tra i diversi ordinamenti a matrice romanistica meritano una ulteriore riflessione. In generale, dell'efficacia precipitata nella storia di taluno di questi fondamenti potrebbe dubitarsi. Naturalmente sono delle tendenze: come tali è indubbia la loro presenza in quasi tutto lo sviluppo del diritto romano storico, sicché il quadro che se ne è dato rappresenta una sintesi (parziale, approssimativa, ma sostanzialmente fedele) delle qualità di tale esperienza giuridica. Tendenze che - nel senso di un richiamo al *Corpus iuris* come 'contenitore' di principii - vivono nei diritti positivi di quegli ordinamenti che, rinviando ai cd. «principii generali del diritto» garantiscono continuità al sistema romanistico. Non è un caso se i codici rivoluzionari dei Paesi dell'America latina libera siano tipici esempi per questi richiami.<sup>35</sup>

3. *Tradizione romanistica*. - Ed è in tali contesti che i principii hanno retto e reggono una delle più rilevanti tradizioni storiche dell'Occidente, nella quale convivono l'Europa e l'America latina, ma anche una parte non irrilevante del Nord del continente, la Luisiana e quel Canada francese che insiste nell'affermazione di una diversità all'interno di un luogo geopolitico il cui diverso orientamento non è solo giuridico (il *common law*). Mi piace tracciare una personale geografia che mi lega con vincolo di profonda gratitudine e sentita appartenenza alle Università che hanno voluto onorarmi, ben al di là dei miei meriti personali, concedendomi i loro titoli dottorali: in Europa l'Université de Franche-Comté (Besançon) in Francia, quelle polacche di Varsavia e Toruń, di Bonn in Germania, nelle Americhe la Laval di Québec, ed oggi la prestigiosa UBA, *l'alma mater* di Buenos Aires. Luoghi diversi, anche di molto, ma per me idealmente uniti nella cultura del diritto, perché animati da giuristi, storici, romanisti, consapevoli che la tecnica giuridica deve mantenersi al livello di *ars*, che la storia favorisce la comprensione del presente, che la giustizia costituisce un fine sociale e non un mezzo per garantire privilegi.

---

35. Cfr. S. Schipani, '*Principia iuris. Potissima pars principium est*' cit. 659 ss. (con ulteriore letteratura).

A questo punto bisogna approfondire un concetto di capitale rilevanza, la *traditio*.<sup>36</sup> «Tradizione» indica, nel lessico dei giuristi romani, un atto traslativo che non ha bisogno (ed è, questo, un suo limite; ma in questo è anche il germe della sua grande utilizzabilità pure in contesti socioeconomici più dinamici e maturi) di momenti rituali, di obbligate presenze, di certe pronunce, di specifiche gestualità, e che si realizza e conclude, in principio, nella concreta materialità della pura e semplice dazione della *res*. *Tradere* è consegnare materialmente una cosa, porgerla ad altri che la prenda. Nient'altro. È, probabilmente, il modo di trasmissione più antico utilizzato nella società romana primitiva<sup>37</sup> ed è, certo, il più semplice e naturale che si possa concepire. Proprio per ciò, risulta diffuso nella pratica sociale ed economica di tutti i popoli, di cui nel tempo riesce a soddisfare a livelli vari e con vari presupposti quelle esigenze di scambio, di circolazione dei beni, dalle più rozze ed elementari alle più sofisticate, che a ragione Goldschmidt<sup>38</sup> indicava come indefettibilmente presenti in ogni aggregato sociale.

Nell'esperienza romana antica l'atto giuridico in cui il *tradere* si esprime, e che si dice *traditio* («consegna», «trasmissione») appare, *a prima vista*<sup>39</sup> e *in opposizione* si dice (io direi, meglio: *in parallelo*), con la «civilissima» ed esclusiva *mancipatio* delle *res mancipi*, come il modo di trasmissione «specifico»<sup>40</sup> delle cose meno preziose. Di queste, sin da età remota, essa è idonea a trasferire *iure civili* a diverse condizioni -l'appartenenza (potere domenicale, possesso, mera detenzione). Ma, per la «ragione naturale» (la *naturalis ratio*) che permea l'atto e ne regge l'esito, l'acquisto del bene che esso determina appare effettuato *iure naturali*<sup>41</sup> (come del resto è per l'occupazione, la cattura in guerra, l'alluvione e così via<sup>42</sup>). La

36. Su quanto segue *amplius* in L. Labruna, *Tradere ed altri studii* con un saggio di O. Behrends su *lusta causa traditionis* (Napoli 1998) I ss.

37. Così V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*<sup>TM</sup> (Napoli 1960) 203.

38. *Cit. infra* in nt. 36.

39. Bisogna sempre muoversi con cautela nella lettura del manuale di Gaio, come insegna il professor Alfredo Di Pietro, autorevole interprete di quel testo per noi fondamentale; v. *Gajo, Institutas. Texto traducido, notas e introducción* per A. Di Pietro (Buenos Aires 1987); si v. anche l'interessante manuale di questo autore: *Derecho privado romano* (Buenos Aires 1966). E cfr. *infra* su nt. 52.

40. Gai 2.19-22; cfr. V. Arangio Ruiz, *o. l. u. e.*

41. «Ea... quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur...» spiega Gaio 2.66.

42. Gai 2.66-79.

*traditio* viene perciò considerata, già da epoca repubblicana, appartenente a quel patrimonio giuridico comune a tutti gli uomini che appunto la *naturalis ratio* sorregge e che è detto *ius gentium*<sup>43</sup>: un diritto romano «universale», «anzionale», «mondiale»<sup>44</sup> a cui - com'è naturale - tutti hanno teoricamente legittima possibilità di accesso. Uno strumento, dunque, idoneo a produrre effetti giuridici riconosciuti e tutelati anche dai magistrati giudicanti romani pur se utilizzato da, e nei confronti di, stranieri.<sup>45</sup>

Ebbene la *traditio* diviene - nella lingua dei primi scrittori cristiani - memoria, trasmissione delle *Scripturae*. Perciò concetto obbligante, normativo. Ecco uno dei due cardini della riflessione (soprattutto) teologica medievale: *traditio*: l'altro, si sa pure romano e giuridico, fu *l'auctoritas*. E - si sa ancora - per tutto il medioevo vi fu una grande influenza del pensiero teologico su quello giuridico e (credo, anche) su qualsiasi altra «forma» del pensiero occidentale. L'importanza che in quell'epoca rivestì per la teologia *l'auctoritas* dei Padri e dei Dottori della Chiesa e perfino quella dei grandi filosofi non cristiani (penso ancora ad Aristotele) fu enorme. L'idea di «autorità» con quella ad essa strettissimamente correlata di «tradizione» fu considerata vero e proprio principio di metodologia scientifica nel procedimento logico.<sup>46</sup> Addirittura, da teologi e giuristi, fu sentita la necessità di stabilire una sorta di gerarchia tra le *auctoritates* su cui dovessero appoggiarsi le tesi da sostenere. Richiamarsi agli *auctores* divenne vera e propria struttura logica, poggiante però su motivi fideistici e religiosi, che - in quanto tali - sfuggivano e sfuggono ad una spiegazione razionale. Le scienze naturali, da parte loro, non ancora svincolate dall'opprimente tutela della filosofia e della teologia, erano anch'esse sottoposte all'*ipse dixit*. Un precursore degli scienziati moderni. Ruggero Bacone, si

---

43. Importanti riflessioni in M. Kaser, *Ius gentium* (Köln, Weimar, Wien 1993) 98 ss., su cui A. Burdese, in *SDHL* 59 (1993) spec. 370 e ss.

44. Efficace, così L. Goldschmidt, *Storia universale del diritto commerciale* trad. it. di V. Pouchain e A. Scialoja (Torino 1913) 63.

45. Fondamentale G. Grosso, *Tradizione e misura umana del diritto* con intr. di G. Pugliese (Milano 1976). Con riferimento alla realtà argentina, vale la pena di ricordare che per quel Codice civile (art. 2601-2603) la *traditio* è «el mas genérico y fundamental» modo di acquisto della proprietà: L.A. García Netto, C.V. Amans, *Derecho Romano* (Buenos Aires 2001) 230 ss.

46. Cfr. V. Piano Mortari, *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali, orai in Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali* (Napoli 1976) 75 ss.

mostrò pienamente consapevole dell'audacia, se non della falsità, del metodo che chiamiamo scolastico e qualificò «armonizzazioni forzate» (*concordantiae violentes*) i tentativi dei giuristi (*legistae*) di confronti e collazioni sistematiche tra «autorità» contraddittorie.<sup>47</sup> La ricerca della razionalità, d'una verità percepibile senza mediazioni, è il segno vero del mondo nuovo, di quella trasformazione epocale cui si è fatto cenno e che forse è limitativo riferire alla ed. «rivoluzione scientifica»<sup>48</sup> A voler utilizzare un noto *dictum*, che può apparire paradossale, è quanto Newton chiamava «divertimento». Diceva di sé: «Io mi vedo come un fanciullo che gioca sulla riva del mare, e di tanto in tanto si diverte a scoprire un ciottolo più levigato o una conchiglia più bella del consueto, mentre davanti mi si stende, inesplorato, l'oceano immenso della verità». A quel che Newton chiamava «divertimento» noi siamo soliti dare il nome di «scienza».<sup>49</sup>

Ogni scienza vive della propria storia, attraverso l'opera di uomini capaci del coraggio del cambiamento. In una prospettiva di progresso consapevole, dunque, è necessario comprendere come il riferimento alla tradizione in quanto momento di verifica (ad esempio del diritto attuale) non significa affatto, non può in alcun modo significare 'conservazione'. Il progresso scientifico - lo ha sostenuto un maestro delle cd. scienze esatte, il fisico Werner Heisenberg - si costituisce come equilibrio dialettico tra idee innovatrici e tradizione.<sup>50</sup> È il richiamo ad un patrimonio comune di altissimo valore: il nostro compito è saperlo rispettare criticamente, senza limitarci a custodirlo: dobbiamo piuttosto proporci di innovarne e perpetuarne lo spirito vitale, per trasmetterlo alle generazioni future. «Anche la migliore delle tradizioni si serve solo rinnovandola».<sup>51</sup>

Per questo motivo, dobbiamo riflettere insieme sui compiti della scienza giuridica attuale, che s'innestano nella tradizione millenaria dello studio del diritto privato romano: dalla critica esegetica, alla ricostruzione di istituti, dai

---

47. Cfr. E. Panofsky, *Architettura gotica e filosofia scolastica* (tr. it. Napoli 1986) 36 ss.

48. Cfr. L. Russo, *La rivoluzione dimenticata. Il pensiero scientifico greco e la scienza moderna* (Milano 1997)

49. Lo ha notato G. Giorello, *Scienza. Ecco gli uomini che sanno tutto*, nel *Corriere della sera* del 26 settembre 1998, p. 33.

50. Cfr. la raccolta di saggi *La tradizione nella scienza* (trad. it. Milano 1982).

51. V. Foa, *Passaggi* (Torino 2000) 29.

problemi di tradizione testuale alle questioni di logica giuridica, si può giungere alla comparazione tra ordinamenti vigenti. Specie di quelli che (direbbero i comparatisti) appartengono alla stessa «famiglia», recando il medesimo patrimonio genetico.<sup>52</sup> Ne hanno dato prove significative Alfredo Di Pietro, con il suo studio recente sui contratti in diritto romano e nella tradizione romanistica.<sup>53</sup> ed Atilio Alterini, nel suo lavoro sulla «imprevisión» fortemente ancorato ai presupposti storici degli istituti relativi alla frustrazione delle finalità contrattuali.<sup>54</sup>

Un compito ulteriore è stato assunto, e spesso è stato assai bene assolto dalla romanistica moderna, specie nella seconda metà del Novecento:<sup>55</sup> quello di intendere ed esporre, da una prospettiva in primo luogo giuridica, la storia politica dell'antica Roma, secondo quel canone interpretativo (assai elastico nel suo diverso atteggiarsi, da studioso a studioso, ma dotato di intima e saldissima coerenza) che trova compiutezza di trattazione sintetica nella *Storia della costituzione romana*<sup>56</sup> di Francesco De Martino. Fare «storia della costituzione» significa tener conto, nell'analisi delle strutture istituzionali (del «diritto pubblico»), dei fattori sociali, economici, politici, anche personali (o prosopografici), che sempre influenzano e determinano la produzione delle forme giuridiche. Significa, in particolare anche (superata la lettura statica e sistematica, di matrice ottocentesca, delle istituzioni romane la quale, circoscrivendo il proprio oggetto all'analisi di mere forme, nascondeva la vitalità del mondo reale e ne frammentava l'unità), prestare attenzione continua e specialissima ai problemi «che stanno a monte e a valle del diritto inteso come realtà oggettiva: quelli che stanno nel suo radicamento nei bisogni del mondo soggettivo della vita e quelli che risultano dal suo protendersi

---

52. Tutto ciò appare tanto più importante in questo momento cruciale, in cui si tenta di dare nuovo impulso al processo di integrazione giuridico-politica dell'America del Sud per il quale risulta determinante l'esperienza istituzionale del Mercosur la cui dinamica propulsiva rappresenta un'opportunità storica di enorme portata, in grado di intensificare le forme della collaborazione e dello scambio con l'Unione europea.

53. *El regimen de los contratos en el derecho romano. Perspectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificación legislativa latinoamericana*, in *Roma e America* 7 (1999) 61 ss.

54. *Teoria de la imprevisión y cláusula de hardship*, in *Roma e America* 13 (2002) 53 ss.

55. Un breve saggio, su un argomento però assai importante, ne ha dato, ad esempio, per quanto riguarda la romanistica argentina, A. Lapieza Bili, *Reflexiones sobre la 'abrogatio' de M. Octavio*, in *Index* 7 (1977) 163 ss.

56. In seconda ed.: voi. I-VI (Napoli 1972-1990).

verso il mondo del dover essere, ossia verso valori che il diritto veicola nella realtà storica, primi fra tutti quelli della giustizia e della equità». Non indugio su questo punto, su cui più volte mi sono soffermato e che, del resto, gode ormai di un'ampia e raffinata storiografia, se non per ribadire la necessità che tale tipologia d'indagine deve continuare ad essere un campo arato dai romanisti. Da storici del diritto, che attraverso il loro patrimonio di tecniche e metodi interpretativi, con la sensibilità particolare al dato giuridico, possono contribuire ad una visione complessiva più nitida della vicenda storica di Roma antica. Ma anche a comprendere le vicende della politica di oggi. Tale impostazione, che tende alla comprensione profonda del fenomeno giuridico, più che alla sua esteriore schematizzazione, va oltre le critiche a quelli che si possono definire moderni «pandettismi». Le quali non mancano, ma mi sembrano spesso dettate da uno storicismo piuttosto estremista (talvolta un po' grossolano), che non sempre riesce a distinguere nell'empito del giudizio tra volgari comparatismi (che pure, purtroppo, si producono) e quella che si potrebbe chiamare «culturologia» del diritto romano e della sua tradizione. La consapevolezza, cioè, che per secoli il diritto romano è stato al centro della produzione, dell'interpretazione, dell'educazione giuridica in tutti i Paesi d'Europa e dell'America Latina (o «America mediterranea», come la denomina acutamente Alberdi<sup>57</sup>) - anche quando, non poche volte, è stato in vario modo criticato. Determinando problemi e linguaggi, visioni del mondo, e, perché no, illusioni di razionalità che fanno parte della nostra storia. Questa storia non possiamo negarla. Abbiamo il compito di comprenderla. Allo stesso tempo non possiamo mortificare la nostra essenza di studiosi alla ricerca di linee rette tra l'ordinamento privatistico di Roma (ce ne sono stati più di uno), le diverse fasi della tradizione romanistica, i codici contemporanei, il diritto futuribile. Tutto è più complicato e complesso, perché nei secoli le sensibilità di mille uomini (legislatori, giudici, pratici, studiosi) hanno prodotto mille varianti in quel grande libro che sono i diritti romani della storia d'Europa e d'America. Ed anche perché l'economia e la società contemporanea in tanti settori producono con estrema velocità rapporti che difficilmente sono, non dico sussumibili sotto categorie dogmatiche «romanistiche», ma nemmeno governabili attraverso gli strumenti ermeneutici che ci provengono dalla tradizione. Oltre queste strade, pienamente legittime se percorse con rigore, v'è

---

57. Nel cap. xv delle *Bases cit. supra* in nt. 14.

dell'altro (e torno alla sensibilità propria del romanista): altre sfide di comprensione ci provengono dalla filosofia e dalla scienza politica.

L'ordinamento dello Stato (per come formatosi a partire dall'inizio dell'età moderna) deve molto, dal punto di vista della sua costruzione ma anche della sua ideologia, a riletture, a rielaborazioni dotte, filologiche, falsificanti, a comprensioni e ad incomprensioni della struttura e del funzionamento della *res publica*, dell'impero di Roma. Se uno dei *pamphlets* politici di maggiore successo degli ultimi anni<sup>58</sup> utilizza l'idea romana di *imperium*, trasponendola nel contemporaneo per cogliere la natura (gli autori lo sottolineano) giuridica della politica internazionale più recente.<sup>59</sup> Se un libro recentissimo di un filosofo accreditato sullo «stato d'eccezione» come moderno normale paradigma di governo deve rincorrere i concetti di *auctoritas* e *potestas*, deve affrontare il problema storico di *tumultus* e *iustitium* come archetipi giuridici della condizione dell'Occidente dopo l'11 settembre del 2001.<sup>60</sup> mi pare che su questi temi (che debbono essere anche, ancora, i nostri temi) vi siano spazi per un dialogo nuovo, e importante, tra storici, filosofi, giuristi, politologi. Facendo tesoro di quanto la nostra scienza ha saputo produrre in questo campo (e facendo naturalmente ricorso anche alle importantissime, profonde, schematizzazioni mommseniane, che debbono restare il punto di partenza per una riflessione giuridica su questi problemi), bisogna riproporre con forza e convinzione la storia della costituzione romana come compito specifico del romanista contemporaneo, per leggere il presente. Ne è testimonianza alta la tradizione viva del repubblicanesimo romano qui in America latina, che riveste un ruolo importante nelle «complesse mescolanze» dell'«eclettismo istituzionale» dei Paesi dell'«America Iberica»<sup>61</sup> La presenza autorevole qui tra noi del professor Norberto Rinaldi, allievo di Lapieza Elli, autore di studi di diritto pubblico romano ben noti ed esemplari anche per quanto insegnano in questa

---

58. M. Hardt e A. Negri, *Empire* (Harvard 2000). trad. it. *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione* (Milano 2002).

59. Cfr. pure, M. Cacciari, *Geo-filosofia dell'Europa* (Milano 1994) 39 ss.; 110 ss.; 149 ss.; Id., *Digressioni su Impero e tre Rome e poi Ancora sull'idea di Impero*, in *MicroMega. Almanacco di filosofia* rispettivamente f. 5 (2001) 43 ss. e f. 4 (2002) 185 ss.

60. G. Agamben, *Stato d'eccezione. Homo sacer, II, 1* (Torino 2003).

61. Cfr. A. Filippi, *Dalle Indias all'America latina* cit. xviii.

direzione, mi conforta nel proporre queste riflessioni, così come, in ambiti differenti, fanno i lavori dei colleghi José Carlos Costa e Adriana Garcia Netto, alla quale rinnovo un sentito ringraziamento per la collaborazione prestata, nella revisione del testo 'argentino' di questo mio intervento.

3. *Humanitas* del diritto. La consapevolezza critica che ci proviene dall'addestramento a comprendere da storici i fenomeni (i problemi) giuridici ci rende avvertiti rispetto ad uno snodo centrale del pensiero e della pratica del diritto contemporaneo. Si tratta di un punto d'incontro, spesso delicato, tra affermazioni retoriche e reale impegno per l'affermazione di fondamenti giuridici validi per tutti gli uomini in tutti i luoghi. Nelle società contemporanee che si definiscono democratiche i diritti dell'uomo sono stabiliti con la forza dei loro stessi principi e con una complessità che deriva dalla significativa variabilità del loro contenuto. Come ha più volte sottolineato Norberto Bobbio, l'eminente maestro, di recente scomparso, a suo tempo insignito del dottorato *honoris causa* di questa Facoltà, le successive generazioni dei diritti umani, e conseguentemente la loro affermazione generalizzata, si sono imposte tra gli aspetti più innovativi del diritto contemporaneo, anche nella sua positiva relazione tra l'Europa e l'America latina.<sup>62</sup> A livello sovranazionale o internazionale sempre di più gli Stati si ritrovano almeno in linea di principio coesi nell'enunciare regole, fare dichiarazioni, che prevedono se non altro standard minimi di rispetto di tali diritti generalmente condivisi, i quali iniziano ad assumere reale pregnanza giuridica soprattutto quando gli Stati stessi accettano di rinunciare ad una parte della loro sovranità e garantire sostegno alla possibilità di adire un giudice indipendente in caso di violazioni di tali diritti. In tal senso la Carta di Nizza si pone come momento importante di un riaddensamento dei vincoli tra i Paesi dell'Unione Europea, in occasione della revisione dei Trattati costitutivi.<sup>63</sup>

---

62. Sui diritti umani, A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo* (Roma-Bari, 1994); sul loro fondamento precipuamente storico: N. Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. difilos. del dir.* 42 (1965) 310 ss. [= *Il problema della guerra e le vie della pace* (Bologna 1979) 119 ss.]. Sulle influenze di Bobbio in America latina, con particolare attenzione all'Argentina, rinvio ai cap. 5 e 7 del saggio di A. Filippi, *La filosofia de Bobbio en America latina y Espana* (Buenos Aires 2003). Cfr. da ultimo G. Giliberti, D. Morendo, R.K. Salinari (cur.), *Europe and Human Rights. The New Frontiers* (Roma 2003), con ampia bibl. a p. 197 ss., 202 ss.

63. Il Trattato è stato pubblicato in CUCE C80 del 10.3.2001.

Ma per affermare con forza sempre maggiore la centralità dei diritti umani, la necessità di diffonderli al livello della giustiziabilità e non solo di retorici proclami, occorre ripensarne i fondamenti, riviverne la difficile attuazione, sollecitarne il rispetto. Rinnovare forse, addirittura, in tale prospettiva, l'approccio tradizionale al diritto. L'effettività dei diritti fondamentali (è stato scritto) può significare il superamento del positivismo statale.<sup>64</sup> Per secoli avvinto dalla sicurezza del sistema, il giurista ha quasi sempre proposto una lettura del mondo congruente con tale posizione, per così dire endosistemica, talora isolata. E ciò è valso naturalmente per gli orientamenti più strettamente positivistici,<sup>65</sup> ma anche per quelli giusnaturalistici, troppo spesso orientati ad inserire il diritto in ordinamenti metaumani.<sup>66</sup> L'*ars iuris* giungeva così a vette alte nel raffinato contrappunto di canoni e regole, ma perdeva di vista il suo fine ultimo pratico: la realizzazione completa della *condicio humana*.

Oggi l'interpretazione, non solo delle norme, ma del diritto nel suo complesso, del diritto nel rapporto col fatto (con i fatti, che costruiscono la realtà), deve trovare punti di orientamento diversi, attraverso una prospettiva etica più rigorosa e più universale. Deve evolvere attraverso una comprensione più partecipata, della società della quale il diritto è prodotto e sulla quale allo stesso tempo profondamente incide. L'interpretazione, che costituisce il centro dell'attività giuridica,<sup>67</sup> deve divenire funzionale all'uomo: anzi, 'umana'. Bisogna avere cioè il coraggio di riorientare in questo senso, con decisione, l'azione pratica di tutti coloro che lavorano nel (e sul) 'giuridico' fin dai momenti relevantissimi della formazione

---

64. Cfr. S. Schipani, *Defensa jurisdiccional de los derechos humanos y 'poder negativo'*, in *Constitucionalismo Latino y liberismo* (Bogotá 1990) 15 ss.

65. Per alcuni temi che si svolgeranno nel prosieguo si v. V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità* (Camerino 1880), da cfr. ora con la critica di P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950* (Milano 2000) 44,140 ss.

66. Si v. il bel profilo storico di H. Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale* (trad. it. Milano 1965).

67. Si ricordi quanto insegna Pomponio (*l. s. ench.*) D. 1.2.2.12 a proposito dello *ius (civile)* «quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit», con le osservazioni importanti su «*Ius controversum* e sistema del diritto attuale» di M. Talamanca, *Il Corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, già in *Studi in onore di M. Mazzioni di Gelso* (Padova 1995) 771 ss., ora in AA.VV., *Strutture e forme di tutela contrattuali*, a cura di V. Mannino (Padova 2004) 1 ss., spec. 28 ss. donde cito. Cfr. anche, di recente, F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* (Roma-Bari 1999).

universitaria. Per produrre ed interpretare un diritto che, abbandonate le sfere della pura speculazione, sappia essere vicino alle reali esigenze dell'uomo del terzo millennio.

Il primo dovere di chi crea, applica, insegna, interpreta il diritto è quello di riflettere sui suoi fondamenti, sulla centralità dell'uomo rispetto alle leggi, che debbono essere prodotte al fine di garantire ed esaltare la persona umana, nella sua complessità ed in un mondo in cui si incontrano sempre più le diverse culture.<sup>68</sup>

Nel grande tesoro della giurisprudenza romana, in cui come si è detto sono le radici del nostro diritto,<sup>69</sup> anche su questo problema centrale della modernità rinveniamo un'apertura, un'indicazione di metodo che non deve essere ignorata. «Tutto il diritto (*omne ius*) è costituito a causa degli uomini: *hominum causa constitutum est*» ammoniva Ermogeniano, in un testo non a caso tramandatoci da Giustiniano nei *Digesta*.<sup>70</sup> La centralità costitutiva dell'uomo impone di trattare come 'principio', come realtà più importante,<sup>71</sup> gli statuti delle persone: i presupposti, cioè, delle sfere della capacità,<sup>72</sup> di una serie aperta di poteri e doveri, di facoltà, di obblighi, che pongono l'uomo in quanto tale al centro dell'ordinamento. Ne fanno misura del diritto, proporzione dei rapporti con gli altri uomini e con le cose.<sup>73</sup> L'umanità del diritto, e dunque anche l'umanizzazione della pratica giuridica, di cui la società oggi ha particolarmente bisogno, segna la strada per l'attuazione dei diritti umani, per la realizzazione del diritto vero.

68. A proposito di multiculturalismo giuridico si v. F. Cosentino, *Multiculturalismo e diritto: verso una sintesi*, in *Riv. crit. dir. priv.* 15/3 (1997) 547 ss.

69. Cfr. L. Labruna, *Ius europaeum commune*, in *Quaestiones iuris. Festschrift J. G. Wolf*(Berlari 2000) 151 ss. [*Matrici romanistiche del diritto attuale* (Napoli 1999) 1 ss.].

70. D. 1.5.2 (1 *iur. epit.*). Cfr. G.G. Archi, *I codici civili moderni e la tradizione romanistica*, in *Atti dei Convegni Lincei* 106, *Il Codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a F. Santoro Passarelli* (Roma 1994) 25 ss., spec. 32.

71. Cfr. D. 1.2.2.1 (Gai. 1 *ad I. XII tab.*), su cui F.P. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del Simposio romanistico* (Napoli 1966) 9 ss. [= *Sententia legum tra antico e moderno I. Diritto romano* (Napoli 2000) 25 ss.].

72. Cfr. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup> (Napoli 1966, rist. con nota di agg. legislativo 1989)23.

73. *Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio*, così Dante, *de monarchia* II 5.

La *humanitas* come parola e come concetto è creazione autonoma dei Romani.<sup>74</sup> Il singolare valore della persona umana è stato scritto - «obbliga l'uomo a costruire la propria personalità, ad educarsi, ma anche a rispettare e favorire lo sviluppo della personalità altrui». L'idea nacque e si sviluppò nella media repubblica, quando Roma si apriva al mondo e alla cultura greca, superando (specie dal punto di vista giuridico) i suoi primitivi formalismi.<sup>75</sup> Pervadendo tutto il diritto e la vita giuridica romana da quel tempo in poi, in modo «comprensivo e profondo», nel diritto di famiglia, nel diritto e processo penale, perfino (soprattutto dall'età imperiale) in materia di schiavitù; costituendo un cardine della grande trasformazione incentrata *sull'aequitas*, che caratterizzò la giurisdizione pretoria e dunque la formazione del *ius honorarium*.<sup>76</sup> Lo spazio concesso all'uomo, ai suoi veri bisogni diventò sempre più ampio nella nuova visione del diritto a partire dal III secolo avanti Cristo. Slegò l'applicazione del *ius* dalla *subtilitas veterum*<sup>77</sup> per orientarla su una nuova *iustitia*.<sup>78</sup> Ponendo le basi per l'affermazione dei *praecepta iuris*, che ancora oggi debbono caratterizzare la convivenza tra gli uomini: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.<sup>79</sup>

Di quella temperie fu interprete di grande sensibilità Terenzio. Le sue commedie, nate in ambiente colto e raffinato, intese allo studio dell'uomo, non erano adatte alla moltitudine, e fu difficile condurre il pubblico romano ad accettarle. Non ebbe successo, ma questo poeta, che ha rivoluzionato la poesia

---

74. Si v. F. Schulz, *I principii cit (supra nt. 29)* 164 ss. Sulla formazione dell'idea: F. Beckmann, *Humanitas. Ursprung und Idee* (MUNster i. W. 1952).

75. Sul formalismo romano, in specie negoziale e con saggia attenuazione di opinioni tralatie, si v. A. Corbino, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana* (Torino 1994).

76. Sulla giurisdizione pretoria e lo sviluppo del *ius honorarium* si v., per un'ottima sintesi, A. Guarino, *Storia del diritto romano* 12 (Napoli 1998) 308 ss. Per la storia dell'*aequitas* cfr. Id., s.v. «Equità (dir. rom.)», in *NVDI*, VI (Torino 1960) 619 ss. [^*Pagine di diritto romano IV* (Napoli 1994) 198 ss.].

77. Cfr. Gai. 4.30.

78. Di qui la nota paretimologia ulpiana, che apre i *Digesta*: D. 1.1.1 pr. (1 *inst.*)... *unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum*, e che fonda genealogie concettuali non a caso fissate dai Glossatori, cfr. ad es. la gi. accursiana *De iustitia* ad *Inst.* 1.1 pr.: *Que est mater iuris et ideo ab ea incipit* (ed. Torelli, Bononiae s.d., ma 1939, col. 13).

79. D. 1.1.10.1 (Ulp. l.1wg.).

scenica latina. ha lasciato come pochi il segno del passaggio dal vecchio al nuovo.<sup>80</sup> Anche rispetto al diritto.<sup>81</sup> Il suo Cremete, che «riceve» l'insegnamento del *summum ius summast malitia*<sup>82</sup> forse la maggiore «Faszination»<sup>83</sup> che ci proviene dal mondo giuridico di Roma. certo in rapporto con il superamento del *ius civile* da parte del *ius honorarium* è lo stesso personaggio che pronuncia la notissima frase «*homo sum: humani nil a me alienum puto*».<sup>84</sup> Sono i segni, mi pare, del nuovo radicamento del diritto sull'uomo. Dell'umanità del diritto di Roma, ormai svincolato dall'eccessivo più antico formalismo.<sup>85</sup>

Se uno dei nostri compiti è la circolazione delle idee e dei valori, spogliandoci di ogni pretesa superiorità eurocentrica, dobbiamo comprendere e trasmettere la consapevolezza che *aequitas* e *humanitas*, equità e umanità, sono categorie giuridiche di grande profondità. Storicamente recepite nella cultura che in libertà si riconosce nella comune matrice romanistica e nei «valori comuni dell'Occidente»<sup>86</sup> Esse determinano la differenza tra le società che partecipano della civiltà del diritto e quelle repressive, nelle quali per usare le parole di Adorno, adattate da Alberto Filippi all'esperienza storica dell'America latina «il concetto stesso di uomo è la parodia dell'uguaglianza di tutto ciò che è fatto ad immagine di Dio».<sup>87</sup>

80. Si v. L. Perelli, *Il teatro rivoluzionario di Terenzio* (Firenze 1973); per personaggi e trame «tra vecchio e nuovo»: G. Cupaiuolo, *Terenzio teatro e società* (Napoli 1991) 9 ss.

81. Sugli aspetti giuridici delle commedie di Terenzio cfr. E. Costa, *Il diritto privato nelle commedie di Terenzio* (Bologna 1893, rist. Roma 1970), seppur datato nel metodo e nei risultati.

82. Terent. *Heauton*. 795.

83. Termine, e concetto, sono di Th. Mayer-Maly, *Summum ius summa iniuria*, in *Index* 27(1999)23.

84. *Heauton*. 877.

85. E forse, in questa prospettiva, insieme con i noti versi del *Punitore di se stesso* bisogna leggere un brevissimo passo degli *Adelphoe* (802 ss.), dove all'affermazione di Demea: *quando ego tuom non curo, ne cura meum*, risponde Miciono, personaggio pienamente positivo (al di là dei dubbi che sono nati sulla figura di Cremete), opponendosi recisamente: *non aequom dicis, non*. Utile discussione dei passi terenziani citati in G. Garbarino, *Roma e la filosofia greca dalle origini alla fine del II secolo a. C.* Il *Commento e Indici* (Torino 1973) 573 ss. *Sull'aequitas* nell'opera del poeta cenni essenziali in F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte I* (München 1988) 507 s. nt. 26.

86. Cfr. G. Alpa, *I principi generali* (Milano 1993) 73 ss.

87. *Minima moralia. Meditazione della vita offesa* (trad. it. Torino 1994) 117 [§ 68]; cfr. A. Filippi, *Dalle Indias all'America latina cit.* 27.

Certo, se guardiamo alla realtà, al quotidiano, pure in culture giuridiche di elevato livello possiamo notare che talvolta, ancora, «Gewalt und Grausamkeit» sono al servizio del diritto. Ciò però non deve significare, mai più, inclinazione di quest'ultimo alla durezza, all'iniquità, all'umanità: bisogna smascherare qualsiasi ordinamento, qualsiasi 'diritto', che non ponga l'uomo al centro della sua scala di valori. Recuperare *aequitas* e *humanitas* contro ogni barbarie. Costruire un diritto che sia sempre più equo e più umano, perché possa servire all'uomo, nel solco profondo della nostra alta tradizione giuridica comune, che ci mostra come esso possa e debba essere posto al servizio dell'umanità e dell'umanesimo.<sup>88</sup> In questo modo si confermerebbe pure la centralità dell'esercizio del diritto nel senso di un'estensione progressiva della democrazia costituzionale. È stata questa, in effetti, l'esperienza recente del popolo argentino, che è venuto fuori dalla dittatura riconoscendo che l'applicazione dei diritti fondamentali,<sup>89</sup> non solo su scala nazionale, ma in una proiezione mondiale (come auspicato dal mio antico collega ed amico Luigi Ferrajoli,<sup>90</sup> anch'egli dottore *honoris causa* di questa Facoltà<sup>91</sup>), costituisce l'essenza stessa del presente e del futuro del costituzionalismo, invocato come possibile sintesi culminante di questa tradizione giuridico-umanistica, difesa e sostenuta da Raúl Zaffaroni, professore in questa Facoltà, e ora giudice della Corte Suprema argentina.<sup>92</sup>

Perché ciò accada (ripeto qui parole, in gran parte da condividere pur nella loro impostazione unilaterale, di uno studioso cui molto deve la romanistica

---

88. Cfr. Th. Mayer-Maly, *Gedanken über das Recht* (Wien-Köln-Graz 1985) 17.

89. Cfr. i saggi di Germán José Bidart Campos, Rodolfo Mattarollo, Luis Fernando Nifio, Ernesto Villanueva e Daniel Filmus, contenuti nel volume curato da Alicia Pierini, *Pensamiento crítico sobre Derechos Humanos* (Buenos Aires 1996) e Juan Antonio Travieso, *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina* (Buenos Aires 2000).

90. L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali* (Roma-Bari 2001); Id., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. cast. di P.A. Ibañez, A. de Cabo, M. Carbonell e G. Pisarello (Madrid 2001).

91. Posseggo, per la cortesia dell'A., il testo della *lectio*, dettata il 5 settembre 1997, *Sul ruolo civile e politico della scienza penale nello stato costituzionale di diritto*.

92. Eugenio Raúl Zaffaroni, "El marco constitucional iushumanista del saber penai", in *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penai V/9-C* (dicembre 1999) 33-40, e v. dello stesso A. (in coli. con A. Alagia e A. Slokar), *Derecho Penai. Parte General* (Buenos Aires 2000). Cfr. pure L.F. Nifio, S.M. Martínez, *Delitos contra la libertad. Prólogo* de E.R. Zaffaroni (Buenos Aires 2003).

contemporanea<sup>93</sup>) «è necessaria una forte tensione morale, una vigile attenzione alle proprie ed alle altrui responsabilità... Qui è la parte dell'impegno civile di ciascuno di noi, tanto più dovuto quanto dalle vicende umane ci sia toccata in sorte una posizione che, se non si accompagna ad un forte senso di responsabilità, non potrebbe non apparire di privilegio. I giuristi romani ci forniscono come riferimento un modello... Se noi continuiamo a studiarli anche per il valore di quel modello, dobbiamo avere però la sicura consapevolezza che la concreta applicabilità di un cambiamento dipende soprattutto da noi, da ognuno di noi. Non bisogna mai dimenticarsi, mai stancarsi di ricordare a sé ed agli altri, che il diritto è [*è anche: dico io*] espressione sociale ed ultima dell'eticità personale. Senza di questa non v'è molta speranza».<sup>94</sup>

---

93. M. Talamanca, *ari. cit.* 33. La precisazione nella parentesi quadra è mia.

94. Su alcuni degli argomenti trattati, mi sono già soffermato in precedenti scritti: vi si trovano elementi di inquadramento storico e giuridico, ulteriori rinvii alle fonti, richiami bibliografici qui omessi: *Civitas, quae est constitutio populi. Per una storia delle costituzioni*, in *Labeo* 45 (1999) 165 ss. [= in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di G. Abbamonte II* (Napoli 1999) 795 ss.=*Civitas quae est constitutio populi e altri studii di storia costituzionale romana* (Napoli 1999) 1 ss.]; *Auctoritas, traditio, veritas. La nascita della scienza moderna in Europa*, in *Au-delà des frontières. Mélanges W. Wotodkiewicz I* (Varsovie 2000) 457 ss.; *lus europaeum commune. Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*, in *Quaestiones iuris Festschrift J. G. Wolf (Berl'm 2000)* 151 ss. [=*Matrici romanistiche del diritto attuale* (Napoli 1999) 1 ss.]; *'Tradere'. Evoluzione sociale e mutamenti giuridici nella circolazione dei beni dall'età arcaica alla fine della repubblica*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo I* (Napoli 1997) 403 ss. [= *Evolución social y cambios jurídicos en la circulación de los bienes desde la edad arcaica al final de la República*, in *Seminarios Complutenses* 9-10 (1997-1998) 321 ^.-*Matrici romanistiche cit.* 51 ss.]; *Diritti dell'uomo, tradizione romanistica e humanitas del diritto*, in *Iurisprudentia universalis. Festschrift Th. Mayer-Maly* (KOln 2002) 379 ss.; *Vetusta\*, traditio, libertas, fides, humanitas*, in *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di Pontificato* (Roma-Città del Vaticano 2003) 470 s.; *Storia della costituzione romana, «pandettismi» e cultura giuridica europea: brevi riflessioni sull'odierna scienza romanistica*, in corso di pubbl. negli *Scritti in onore di J. Miquel* (2004).