

ANNA MARIA GIOMARO

*L' OSSIMORO DELLA GIUSTIZIA: INDAGINE ROMANISTICA  
AI CONFINI DEL PURO PENSIERO \**

---

\*\*\* È la comunicazione proposta al XI Colloquio internazionale romanistico-canonistico "Etica e diritto nella formazione dei moderni ordinamenti giuridici" tenutosi presso la Pontificia Università Lateranese dal 22 al 25 maggio 1996. Nei programmi del Convegno il titolo della comunicazione appariva propriamente come «*La giustizia e l'uomo. Emersione della 'umanità' di un concetto*». Tuttavia, a causa della ristrettezza dei tempi, invece di leggere il testo distribuito (che costituiva la sintesi di un lavoro già predisposto per gli «*Studi in memoria di Italo Mancini*», dove appunto compare quel titolo, p. 195 ss.), si è preferito sintetizzare ulteriormente il discorso programmato (sviluppendone semmai alcuni tratti delle note), e inserirvi, a braccio, ulteriori riflessioni. Il testo che qui si pubblica riproduce il discorso realmente tenuto, in parte riprendendo, in parte ampliando e innovando (in particolare i paragrafi 1 e 4) il testo sull' "emersione della 'umanità' di un concetto".



1. La storia dell'evoluzione dell'uomo, dal tempo in cui era "quello della pietra e della fionda"<sup>1</sup> ad oggi, dimostra, a ben vedere, un particolare ininterrotto filo conduttore che lo accompagna nello sviluppo dei secoli.

È indagine comunemente accolta negli studi di antropologia giuridica<sup>2</sup> che presso tutte le civiltà orali o preletterarie la giustizia, non ancora ben definita come concetto tecnico, si venga concretizzando in una regolamentazione di comportamenti, come individuazione, fra i tanti, dei modi di atteggiare la propria esistenza più ricorrenti e socialmente più adeguati, le "way of life" di Milman Parry<sup>3</sup>. In tali civiltà, come appunto la civiltà romana delle origini, la giustizia viene intesa, cioè, disciplina dell'atteggiamento umano di fronte agli episodi della vita, alle vicende più o meno ricorrenti, in definitiva come determinazione caso per caso del bene o del male al fine di operare uno "stile di vita". Il singolo isolatamente preso, o piuttosto il gruppo inteso nella sua unità, sente il bisogno di affermare la propria identità di singolo o di gruppo, e lo fa creando delle relazioni con l'ambiente in cui vive. Ma al fondo di tale fenomeno è una più profonda necessità psicologica: l'uomo si trova quasi inconsciamente indotto a confrontarsi con l'ambiente, si rende conto che l'ambiente, la natura, il cosmo non muoiono con gli uomini, ma sembrano eterni, e poiché, come dimostra la psicologia storico-sociale, anche l'uomo per un misterioso ed interiore motivo evolutivo è teso verso un'aspirazione di eternità, così, per il tramite appunto di queste relazioni con l'ambiente, cioè con l'immortale (o con ciò che tale gli appare), anche l'uomo andò cercando una sua immortalità.

---

<sup>1</sup> S. QUASIMODO, *Uomo del mio tempo*, dalla raccolta *Giorno dopo giorno*: "Sei ancora quello della pietra e della fionda, uomo del mio tempo. ...".

<sup>2</sup> M. PARRY, *The historical Method in literary Criticism*, in *The Making of homeric Verse*, Oxford 1971 (a cura di Adam Parry), p. 411: così anche E.A. HAVELOK, *Dike. La nascita della coscienza*, Bari 1981 (ed. originaria Cambridge 1978), p. 67; CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano 1979, p. 147 ss.

<sup>3</sup> M. PARRY, *op. cit.*, p. 408 ss.

Il 17 giugno 1919, pensoso capitoletto di quelle che sono state definite delle “prose dell’alba”<sup>4</sup>, così scriveva “a Giulia” Giuseppe Capograssi: “Questo uomo, questo essere finito, che non arriva con lo sguardo a vedere oltre la superficie delle cose, e con la mente a concepire oltre la superficie delle idee, questo uomo sente in sé una irresistibile, una poderosa tendenza a superarsi, a prolungarsi, a toccare l’infinito, a pervenire all’eterno, a uscire da quell’ingombro di sensazioni sterili, e di sterili passioni che fanno la sua vita e la sua infelicità”<sup>5</sup>. Di qui, con un’attenzione premurosa ai bisogni e agli interessi pratici dell’uomo nella concretezza materiale della sua esistenza, Capograssi giunge ad esaltare l’azione, nel mentre che, filosoficamente, esalta nell’uomo l’agente (“l’imperativo giuridico salva l’azione, l’imperativo morale salva l’agente”)<sup>6</sup>, e a concepire l’uomo come esso stesso creatore: “Tutto ciò che egli – l’uomo – è, si vede proprio in quello che fa; e quello che fa non è la sua azione staccata superficiale frammentaria, che non lascia traccia, ma quella che esso realizza e organizza in modo stabile nella esperienza, nel mondo dell’esperienza che esso organizza e crea, e che organizza e crea proprio per soddisfare i suoi bisogni e soddisfare quelli che sente come suoi interessi obbiettivi e imperativi; è tutto il mondo del concreto, dell’esperienza concreta, della società”<sup>7</sup>. Di qui l’interesse tutto particolare che Capograssi dedica in questa direzione al testamento, in quanto attraverso il testamento, “l’opera supera l’individuo [...]. Lo supera e opera, come se la morte non esistesse, o come se l’individuo fosse sempre presente”<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Così I. MANCINI, *Suicidio e preghiera*, in *Scritti cristiani*, Genova 1991, p. 123 ss., nel dare commento dei *Pensieri a Giulia*, in particolare di quelli del 12 ottobre 1919 (nell’ed. a cura di G. Lombardi, Milano 1978, I, p. 366) e del 17 giugno 1919 (*ibidem*, p. 230).

<sup>5</sup> CAPOGRASSI, *loc. ult. cit.*

<sup>6</sup> *Analisi dell’esperienza comune*, in *Opere*, II, Milano 1959, p. 171.

<sup>7</sup> *L’esperienza in concreto*, in *Opere*, cit., III, p. 181.

<sup>8</sup> *Introduzione alla vita etica*, in *Opere*, III, cit., p. 121 s. (vedi I. MANCINI, *Suicidio e preghiera*, cit., p. 135 s.; per il pensiero politico in part. BOBBIO, *Italia civile. Ritratti e testimonianze*, Firenze 1986; TESSITORE, *L’origine della concezione capograssiana dello Stato tra idealismo e “storicismo”*, in *Filosofia religione nichilismo*, Napoli 1988; PAGALLO, *Ambiguità dello Stato sociale. Comunità e regime nel pensiero giuridico di Giuseppe Capograssi*, Padova 1990).

A mio sommo avviso non si tratta della proiezione dell'uomo attraverso la sua discendenza, tema di grande suggestione presso tutte le civiltà<sup>9</sup>, e che in particolare Giustiniano, mostra di aver ben presente quando, nel momento di legiferare sul matrimonio, scrive: "*ut humano generi videatur*

---

<sup>9</sup> È, a ben vedere, la prospettiva biblica attraverso la quale viene riguardata la discendenza, dove accanto alla benevolenza di Dio ("*beato l'uomo che teme l'Eterno ... i suoi figli come virgulti d'ulivo attorno alla sua mensa*", *Salm.* 128), accanto al sapore della riconoscenza ammirata dell'uomo ("*Or questi sono i nomi dei figliuoli d'Israele che vennero in Egitto ... furono fecondi, moltiplicarono copiosamente, e diventarono numerosi e si fecero oltremodo potenti, e il paese ne fu ripieno*", *Esod.* 1,1-7), si pone l'orgoglio di chi si sente eternato nei suoi progenitori come nei suoi discendenti ("*Mira il cielo, e conta le stelle, se le puoi contare. E gli disse: Così sarà la tua progenie*", *Gen.* 15,5, che cito nella trad. di Giovanni Luzzi, Roma 1960). La preoccupazione con cui la *Vulgata* si sofferma a tracciare le linee della "posterità di Adamo" (*Gen.* 5,1-32), o della "posterità" di Jafet, di Cam, di Sem (*Gen.* 10,1-22), la genealogia di Abramo (*Gen.* 11,10-32), e poi ancora di Nahor (22,20-24), di Ismaele (25,12-18), di Giacobbe (35,23-26), e così via; e ancora le tavole genealogiche del *Primo libro delle Cronache*; tutto questo non serve forse a rendere ragione della promessa a più riprese rinnovata ad Abramo: "*Tu diventerai padre di una moltitudine di nazioni ... E ti farò moltiplicare grandissimamente, e ti farò divenir nazioni e da te usciranno dei re ... E a te e alla tua progenie dopo di te darò il paese dove abiti da straniero*"? (*Gen.* 17,4-8; ma anche 15,5; 12,2-3; 22,17; che è poi la promessa fatta anche alla schiava Agar riguardo ad Ismaele, in *Gen.* 16,10 e 17,20: "*Io moltiplicherò grandemente la tua progenie, e non si potrà contare, tanto sarà numerosa ... io farò di lui una grande nazione*"; ed è la stessa rivolta con la parola del Signore a Natan riguardo al re David: "*Quando i tuoi giorni saranno compiuti e tu giacerai con i tuoi padri, io assicurerò dopo di te la discendenza uscita dalle tue viscere, e renderò stabile il suo regno. ... La tua casa e il tuo regno saranno saldi per sempre davanti a me e il tuo trono sarà reso stabile per sempre*" nel *Secondo libro di Samuele*, 7,12-16, ripetuta nel *Salm.* 88: "... *ho giurato a Davide mio servo: stabilirò per sempre la tua discendenza, a te darò un trono che duri nei secoli*"). In ogni caso si legge l'immedesimazione dell'uomo nella sua discendenza. A distanza di secoli e di culture, lo stesso spirito informa le profezie delle tre streghe shakespeariane, che, dopo aver salutato Macbeth ("*Salve, Macbeth! Salve a te, che sarai re*"), lo contrappongono a Banco (*Macbeth*, atto I, scena III):

Prima strega:

*Inferiore a Macbeth, e più grande.*

Seconda strega:

*Non altrettanto felice, eppure molto più felice.*

Terza strega:

*Padre di re, ...*

*immortalitatem artificem introducere, et ex filiorum procreatione renovata genera manent iugiter, dei clementia, quantum est possibile, nostrae immortalitatem dominante naturae*<sup>10</sup>.

Non si tratta neanche, più concretamente, della proiezione dell'uomo attraverso la sua volontà che si fa legge per il tramite di quel negozio giuridico-testamento col quale l'individuo detta le disposizioni relative all'avvenire delle situazioni giuridiche da lui create e ricomprese nell'ambito della sua sfera di attività. Lo stesso Capograssi considera "artificiale e sforzato il concetto di Leibniz del testamento (della istituzione quasi generale del testamento) come prova dell'immortalità dell'anima", lui, che pure ne riferisce come indicativo del valore durevole, oltre la vita, che la volontà dell'uomo assume come fatto "del soggetto, del soggetto brevemente vivo, che il soggetto realizza, come se non sparisse e la volontà vale (per tutti, agli occhi di tutti, nella credenza di intere società ed epoche storiche!), come se fosse ancora viva e attuale, cioè vivesse l'individuo che l'ha posta in essere"<sup>11</sup>.

Il Gramsci delle Lettere dal carcere, aveva ritenuto questa la sola immortalità, quando, proprio nel mentre che negava l'inferno e il paradiso, doveva riconoscere che un'aspirazione tutta umana conduceva a ritenere che "ogni nostra azione si trasmette negli altri secondo il suo valore, di bene e di male, passa di padre in figlio, da una generazione all'altra in un movimento perpetuo"<sup>12</sup>.

Un risultato di questo genere sarebbe già di particolare significato. Ma c'è forse di più: non è il testamento a spingersi al di là dei tempi, il testamento che è espressione di volontà (dal che sarebbe la volontà dell'uo-

<sup>10</sup> Su cui G. LANATA, *L'immortalità artificiale. Appunti sul proemio della Novella 22 di Giustiniano*, in «Serta Historica Antiqua» 2, p. 259 ss.

<sup>11</sup> CAPOGRASSI, *loc. ult. cit.*

<sup>12</sup> Non è dunque un'esigenza del solo pensiero religioso. In una lettera del 15 giugno 1931 Antonio Gramsci (GRAMSCI, *Lettere dal carcere*, Torino 1965, p. 442), scrive: "Carissima mamma, ... Se ci pensi bene tutte le quistioni dell'anima e dell'immortalità dell'anima e del paradiso e dell'inferno non sono poi in fondo che un modo di vedere questo semplice fatto: che ogni nostra azione si trasmette negli altri secondo il suo valore, di bene e di male, passa di padre in figlio, da una generazione all'altra in un movimento perpetuo".

mo, già di per sé eterea, a farsi immortale); sono invece le opere dell'uomo, le sue concrete realizzazioni, la sua "sfera giuridica" moltiplicata nei vari elementi compositivi concreti: è la sua (dell'uomo) opera, "e – come dice l'aedo del *Solon* nei *Poemi conviviali* di Giovanni Pascoli – e il poeta fin che non muoia l'inno, vive, immortale".

Ora questo singolare rapporto fra l'uomo e l'infinito si riflette, mi sembra, particolarmente nel campo del diritto. Con felice intuizione (o con felice consapevolezza) Ulpiano faceva del diritto la *vera philosophia* (D.1,1,1,1): poiché, come la filosofia cerca all'uomo degli spazi infiniti che lo proiettano al di là dei ristretti confini temporali della sua esistenza terrena, così il diritto riconosce all'uomo una dimensione non circoscritta nel tempo e nello spazio. Il che accade in quanto di lui sopravviva ciò che egli abbia costituito giuridicamente, così come giuridicamente l'aveva voluto; ovvero, quando anche risulti giuridicamente altrimenti, in quanto pure da lui stesso quel fenomeno giuridico ha preso un avvio che l'ha condotto al punto in cui è.

Il *ius* delle origini della storia di Roma è costituito da un intreccio fra diritto e religione, che è del resto caratteristica frequente nella fase primitiva di altri diritti antichi: esso viene più precisamente rappresentato dal binomio *ius-fas*, indubbiamente attestato dalle fonti come rapporto dell'uso comune in cui i due termini compaiono spesso in espressione endidica<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Le espressioni "*ius fasque*", "*ius ac fas*", o simili, sono frequenti nelle fonti letterarie ed epigrafiche, fin dal periodo più antico: da Plaut., *Cist.* 20 (*hicine histud decet? iusque fasque est*), a Cic., *de harusp. resp.* 16,34 (*oratores contra ius fasque interfectos*); da Liv. 42,21,3 (*contra ius ac fas bellum intulisset*), 8,39,13 (*quae ... res per fetiales ex foedere repetitae essent, secundum ius fasque restituerentur*), 32,21,23 (*hospitem ... contra ius omne ac fas ... occisum*) (come anche 3,55,5; 7,21,3; 8,10,1; 23,12,15; 45,33,2) alle distinzioni di Gellio nei lapidari paragrafi iniziali del cap. 10,15 (*ius est, fas est, religiosum est, ecc.*). L'epigrafia ci offre testimonianze di normazione religiosa, di particolare importanza, come la *lex templi furfensis* (C.I.L. I2, n. 756,1) e la *lex arae narbonensis* (C.I.L. XII n. 4333,2,14). Particolare attenzione al tema, con ampia esposizione critica delle varie teorie, si veda in BEDUSCHI, *Osservazioni sulle nozioni originali di fas e ius*, in *RISG* 10 (1935), p. 209 ss.; ulteriori svolgimenti, e ricchezza di citazioni testuali criticamente analizzate, si legge in ORESTANO, *Dal ius al fas. Rapporto fra diritto divino e umano dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR* 5 n.s., 1939, *passim*, nonché in SANTORO, *Potere e azione nell'antico diritto romano*, in «Annali Palermo» 30, 1967, *passim*, in part. p. 149 ss.

Ognun sa – e la dottrina ampiamente ce lo insegna – come sia difficile individuarne esattamente il significato<sup>14</sup>. Peraltro, sulla base di Servio, “*ad religionem fas, ad homines iura pertinent*” (*ad Georg.* 1,269), o anche della testimonianza di Isidoro, “*fas lex divina, ius lex humana est*” (*Or.* 5,2,2), si è comunemente indotti ad indicare con *ius* la liceità secondo il diritto e con *fas* la liceità secondo religione. Nell’uno come nell’altro caso si tratta di testimonianza non certo risalente, di cui, accettandone le conclusioni per il periodo di diretto riferimento, dovrebbe poi in ogni modo dimostrarsi la corrispondenza di significati con il periodo più antico.

Il significato dell’affermazione di Servio non può che leggersi alla luce di una considerazione ciceroniana, in cui ancora una volta appare il tema della giustizia:

Cic., *part. or.* 22,78: *iustitia dicitur ... erga deos religio, erga parentes pietas ...*<sup>15</sup>.

e ancora:

Cic., *de leg.* 2,11,27 : *tum maxume et pietatem et religionem versari in animis, cum rebus divinis operam daremus.*

<sup>14</sup> Per tutti si veda F. SINI, *Fas et iura sinunt* (*Verg. Georg.* 1,269). *Contributo allo studio della nozione romana di ‘fas’*, Sassari 1984.

<sup>15</sup> Cicerone individua nella “*iustitia*” (*de off.* 1,7,20-21), ricollegandola all’essenza del vivere sociale (*ea ratio, qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur. Cuius partes sunt duae, iustitia, ... et huic coniuncta beneficentia ...*), due compiti precipui: all’uno di essi (*Sed iustitiae primum munus est, ut ne cui quis noceat nisi lacessitus iniuria*) si richiama il *neminem laedere* dei *praecepta iuris* di Ulpiano di cui si legge in *D.* 1,1,1,10, all’altro il “*dare a ciascuno il suo*”, variamente ripetuto (*deinde ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis ... quia suum cuique fit eorum quae natura fuerant communia ...*). Sul valore della *iustitia* in Cicerone si veda CANCELLI, *La giustizia tra i popoli nell’opera e nel pensiero di Cicerone*, in «*La giustizia tra i popoli nell’opera e nel pensiero di Cicerone*», Atti del Convegno di Arpino 1993, p. 1 ss. Cfr. anche *infra*, per la lettura del passo. Altri passi interessanti a documentare il rapporto fra *religio* e *pietas* sono, per esempio, *de rep.* 1,2,2; *de rep.* 6,16,16; *de nat. deor.* 1,2,3; *de nat. deor.* 2,61,153; *de leg.* 2,7,15; ecc.

Del resto basta considerare il significato profondo di *religio*:

Macrobius, *sat.* 3,3,8: Servius Sulpicius religionem esse dictam tradidit, quae propter sanctitatem aliquam remota ac seposita a nobis sit, quasi a relinquendo dicta, ut a carendo caerimonia<sup>16</sup>.

Da *religio* deriva il qualificativo *religiosus*: la scienza giuridica romana lo usa in rapporto alla categoria delle *res* che Gaio individua come quelle *quae diis manibus relictæ sunt*, e che tali diventano *vero nostra voluntate* nel momento in cui vi seppelliamo i nostri morti (Gai. 2,6; Marc. in D. 1,8,6,4). Ma se la *res religiosa* trae dalla *religio* i suoi caratteri (la *sanctitas*, per essere *remota ac seposita*), non è poi vero, al contrario, che la *religio* si connaturi esclusivamente dei caratteri propri delle *res religiosæ*: la *religio* nasce da una scelta di vita degli uomini, *vero nostra voluntate*, nasce dal sentimento di austerità e *sanctitas* che ci ricollega al passato, *remoto ac sepositus*, nasce dall'esigenza, che è esigenza tutta personale, di onorare nei nostri morti la risalenza divina della stirpe, nasce dalla costituzione, e direi quasi costruzione, di rapporti con la divinità (parlando di *in deos caerimoniae religionesque* dice Cicerone, *de leg.* 1,15,43, *quas non metu, sed ea coniunctione, quae est homini cum deo, conservandas puto*). Gli dei Mani, cui le *res religiosæ* vengono dedicate, e che comunemente

---

<sup>16</sup> In Gell. 4,9,8 l'affermazione è riferita a Masurio Sabino: Macrobio la riporta, per voce di Servio, ad avvalorare le sue considerazioni circa l'uso delle parole in Virgilio (*Superest ut quid sit religiosum cum Vergilio communicemus*). È interessante considerare anche il seguito del passo, dove dopo le parole *ut a carendo caerimonia* si legge: "*Hoc Vergilius servans ait*:

*est ingens gelidum lucus prope Caeretis amnem  
religione patrum late sacer;  
et adiecit quo proprietatem religionis exprimeret,  
... undique colles  
inclusere cavi, et nigra nemus abiete cingit:  
quae res utiquefaciebat lucum a populi communione secretum. Et ut relictum locum ostenderet  
non sola adeundi difficultate, adiecit et sanctitatem:  
Silvano fama est veteres sacrasse Pelasgos  
agrorum pecoris deo".*

vengono intesi come “dei inferi”, rappresentano invero un collegamento col passato che si impone perché avvolto nei paludamenti del mito, diventa un tutt’uno con i *mores maiorum*.

Quando per l’insegnamento di Elio Gallo si legge che

Festus, v. «religiosus» (Lindsay f. 279) – <religiosum ait> esse Aelius Gallus, quod homini ita facere non liceat, ut si id faciat contra deorum voluntatem videatur facere ... idem religiosum quoque esse, quoniam (qui non iam ?) sit aliquid, quod ibi homini facere non liceat; quod si faciat, adversus deorum voluntatem videatur facere.

si vogliono sottolineare i connotati di eguaglianza che accomunano nell’unica dedicazione agli dei le cose *sacrae*, le cose *sanctae* e le cose *religiosae*, volendo però allo stesso tempo rilevare la differenza che fa *sacrae* le cose consacrate alla divinità mediante un atto solenne e pubblico di *consecratio*, *sanctae* le cose affidate agli dei (alla vigilanza degli dei) per antichissima costumanza (“*lege aut instituto maiorum*”), *religiosae* le cose dedicate agli dei per libera volontà degli uomini, quelle per le quali, dunque, l’uomo consapevolmente e di sua elezione (ma allo stesso tempo necessitato dal culto degli antenati) realizza il tramite con il mondo del divino<sup>17</sup>. Festo, riportando o l’elencazione dello stesso Elio Gallo o la pubblica

<sup>17</sup> Il tema della *religio* è, naturalmente, un tema di quasi unanime riferimento per tutti gli autori dell’antichità, e la letteratura, in particolare quella del pensiero, ce lo dimostra ampiamente. Ne risultano alcune interessanti affermazioni che meritano di trovare un loro spazio anche in una visione più rigorosamente giuridica, come, per esempio, potrebbe dirsi di quelle di Cicerone: *de inv.* 2,22,65 : *religionem eam, quae in metu et caerimonia deorum est, appellant, pietatem, quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat*; *de inv.* 2,53,161 : *religio est, quae superioris cuiusdam naturae, quam divinam vocant, curam caerimoniaeque affert*; *de nat. deor.* 1,117 : *religio deorum cultu pio continetur* (così anche, per citare un altro autore, Tacito, *Ann.* 1,79,13, vuole il rispetto delle *religiones* dei soci, *qui sacra et lucos et aras patriis amnibus dicaverint*); e soprattutto del lungo passo che si legge nel *de nat. deor.* 2,28,71 : *non enim philosophi solum, verum etiam maiores nostri superstitionem a religione separaverunt. Nam qui totos dies precabantur et immolabant, ut sibi sui liberi superstites essent, superstitiosi sunt appellati: quod nomen patuit postea latius; qui autem omnia quae ad cultum deorum pertinerent diligenter retractarent et tamquam relegerent, <i> sunt dicti religiosi ex relegendo, ut elegantes ex*

opinione del suo tempo, riferisce (ma l'elenco non è certo esaustivo), di tre comportamenti che risulterebbero vietati nei giorni c.d. religiosi (*religiosus est non mod[ic]o deorum sanctitatem magni aestimans, sed etiam officiosus adversus homines. Dies autem religiosi, quibus, nisi quod necesse set, nefas habetur facere: quales sunt sex et triginta atri qui appellantur, et alliensis, atque [h]i, quibus mundus patet. [...] esse [...] Gallus Aelius, quod homini ita facere non liceat, ut si id faciat, contra deorum voluntatem videatur facere. Quo in genere sunt haec: ...*)<sup>18</sup>, quali l'introdurre un uomo nel tempio culturale della dea Bona, tradizionalmente dedicato ai riti femminili, il *ferre legem* ai comizi contro gli auspici, il *lege agere* in giorno nefasto.

Festus, v. «sacer mons» (Lindsay f. 319) – Aelius Gallus ait sacrum esse, quodcumque more aut (modo atque) instituto civitatis consecratum sit, ....; quod autem privatis suae religionis causa aliquid earum rerum deo dedicent, id pontifices romanos non existimare sacrum. At si qua sacra privata suscepta sunt, quae ex instituto pontificum stato die aut certo loco facienda sint, ea sacra appellari, tamquam sacrificium; ille locus, ubi ea sacra privata facienda sunt, vix videtur sacer esse.

---

*eligendo, tamquam a diligendo diligentes, ex intelligendo intelligentes; his enim in verbis omnibus inest vis legendi eadem, quae in religioso. Ita factum est in superstitioso et religioso, alterum vitii nomen, alterum laudis.* In ogni caso la *religio* è collegata all'apparato culturale che l'uomo stesso ha creato e coltiva nel suo rapporto con la divinità; a simboleggiare l'altro aspetto della *religio*, che unisce virtualmente la *pietas* più moderna alle esperienze di culto dell'antichità più remota, (oltre al passo or ora citato in cui si fa parola dei *maiores nostri*) basti ancora, ricordare Tacito (*Germ.* 39,2, *fides antiquitatis Semnonum religione firmatur*; ma anche *Ann.* 3,26,13 ove si narra che Numa *religionibus et divino iure populum devinxit*; e poi 13,10,6; 15,41,3, in cui la *religio* è detta *vetustissima*; 15,55,8; ecc.), o ancora l'insegnamento pitagorico riportato da Cic., *de leg.* 2,11,27, *iam 'ritus familiae patrumque servare, id est, quoniam antiquitas proxime accedit ad deos, a dis quasi traditam religionem tueri, ovvero il responso della Pizia agli Ateniesi circa quas potissimum religiones tenerent, cioè eas quae essent in more maiorum, che Cicerone fa proprio (de leg. 2,16,40).*

<sup>18</sup> Festus, *loc. cit.*; il rapporto con la categoria del "sacer" è fatto evidente anche nell'altra testimonianza festina, *religiosum ac sacrum est, ut templa omnia, atque aedes, quae etiam sacratae dicuntur; ad (at) quod per se religiosum non est utile (utique) ...*: Festus, v. «religiosum» (Lindsay f. 388).

Non v'è chi non veda come sia prettamente umana l'origine della *religio* (lo stesso collegamento con la *sanctitas*, con il corollario della connessione fra le qualità delle *res religiosae* e delle *sanctae*<sup>19</sup>, la stessa differenza con il *sacrum*, vengono a confortare questa tesi), e pertanto come possa derivare dalla matrice umana la creazione stessa del *fas* che alla *religio* si rapporta.

Invero, attraverso un suggestivo riesame delle fonti e ponderata riflessione, e con l'apporto dell'insegnamento antropologico, si potrebbe sostenere che la relazione *ius-fas* rifletta per le origini altre valenze.

Una delle varie derivazioni etimologiche proposte relativamente a *ius*, che oggi non gode più dei favori della dottrina, riconnette il termine *ius* (= *ious*) a Giove, *Iuppiter* (l'antico *Iovis* o *Iouis*), e vi legge lo stesso radicale tematico di *dies*, che è il giorno, che è la luce: ne sarebbe prova il giuramento fatto dagli antichi sulla pietra focaia che era il simbolo della divinità. Il Walde-Hoffmann riporta, sia pure come *weitere Anknüpfung unsicher*, l'opinione di Enrico Cocchia<sup>20</sup>, che, nell'ambito dei dati storico-ambientali offerti anche a livello degli studi antropologici, mi pare assai suggestiva ed ancora non pienamente confutata, ancorché studi più recen-

---

<sup>19</sup> I passi relativi sono ora esaminati, nel loro complesso, da FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, p. 25 ss. con l'attenzione particolarmente rivolta ad individuare la posizione dei giuristi in ordine alla qualificazione di ciò che è "*sacrum*" e alle connotazioni che distinguono questa categoria da quelle del "*sanctum*" e del "*religiosum*". Se ne veda anche in BONA, *Alla ricerca del "de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione di C. Elio Gallo. I, La struttura dell'opera*, in BIDR 90 (1987), p. 129 ss.

<sup>20</sup> Cfr. WALDE-HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1965, v. «*ius*», p. 733; il richiamo è a COCCHIA (*Saliare Numae carmen*, in «Rivista indo-greco-italica», Napoli 1917, fasc. 2, p. 14 s., e anche *Gli indigitamenta pompiliana e il Carme Saliare di Numa*, *ibidem*, fasc. 4, p. 4 nt. 5) che documenta il "soprannome di Giove quale dio della luce" attraverso, per esempio, Aulo Gellio (5,12,6), Servio (*ad Aen.* 9,567), Macrobio (*sat.* 1,15,14), Mario Vittorino (6,12; nel quale, ultimo, si legge che *nostri, quotiens eiusdem soni u longa syllaba scribenda esset, u adiungebant o litteram; inde scriptum legitis Loucetium, nountios, loumen*, insegnamento assai indicativo anche per il rapporto fra *ius* e *Iovis*).

ti, di cui è ampia traccia nella polemica Carnelutti-Devoto, proponano altre interpretazioni<sup>21</sup>.

Si può forse avanzare l'ipotesi che l'aspetto divino del diritto, aspetto che è imprescindibile presso tutte le civiltà delle origini, si esprima appunto mediante il *ius* (forse nel *ius* a preferenza anche del *fas*), dal momento che *ius* è il dio stesso, l'essenza del dio, la presenza del dio che si manifesta nella vita della terra, e vi rappresenta un senso di religiosità (e quindi di vetusta regolamentazione) che è sociale prima che morale. Per questa via si giunge, ripercorrendo l'indagine terminologica, ad una particolare correlazione fra i due elementi del rapporto che ha un sapore religioso magico intimistico e porta ad una sorta di capovolgimento del significato dei termini stessi, così come tradizionalmente intesi, l'uno, *ius*, come espressione del diritto umano, e l'altro, *fas*, come epifania del diritto divino, ma che pure mi sembra la più probabile ed incisiva a spiegare l'aspetto sociale del *ius* e del *iudicare*.

Alle origini del *ius*, allorché il *ius* non era ancora "rito", non era "forza rituale", pure doveva rappresentare un valore, una possanza, in gran parte ineluttabile perché naturale, per altra parte creduta tale, e infine tale creata e voluta dall'uomo come insita nella realtà delle cose, nel procedere della vita, nell'ineluttabile e regolare trascorrere dei giorni, nelle leggi di natura che si imponevano ineluttabilmente agli animali ed alle cose, così come agli uomini; inconscio abbandono ad un naturale spirito vivificatore, certezza, sia pur soltanto a livello di suggestione, circa l'esistenza di un superiore anelito di regolamentazione, oserei dire di una legge universale, di una norma di vita, le "*way of life*" di Milman Parry. L'uomo è innanzi tutto spettatore: perché prima di agire deve e vuole conoscere, deve e vuole comprendere, e poi asseconda prima di osare, o, eventualmente, di contrastare.

Il *ius* dovette dunque essere inteso alle origini come forza naturale ed innata, rappresentante, poiché etimologicamente Giove è derivazione di *dies*,

---

<sup>21</sup> Cfr. DEVOTO, *Jus. Di là dalla grammatica*, in RISG 85 (1948), p. 414 ss. (ora in *Scritti minori*, I, Firenze 1958, p. 114 ss.), in polemica con CARNELUTTI, *Di là dal diritto*, in RISG 84 (1947), p. 108 ss.

la luminosità della chiarezza regolare, ben prevedibile, seppure inarrestabile ed immodificabile, del vivere sociale di contro alle “tenebre” del vivere al di fuori della società.

In contrapposizione e in endiadi si trova il *fas*, la cui più probabile derivazione etimologica è quella che correla il termine coi radicali *bha*, apparire, parlare.

Il *fas* rappresenterebbe “la manifestazione della volontà divina”, ed è manifestazione che avviene per il tramite preferenziale della parola, o comunque della capacità di comunicare. Ma la parola ha essenza divina. Ma la parola nel suo più immediato carattere che la pone come primo fra gli elementi che differenziano gli uomini da un lato e animali e cose dall’altro, doveva essere pur sempre intuita (anche se non espressamente e consapevolmente concepita) come l’elemento che poteva avvicinare gli uomini agli dei. Ed in questo suo aspetto la parola, da caratterizzazione tipica e differenziante della specie degli uomini, si trasforma inconsapevolmente in espressione della divinizzazione degli uomini stessi.

Così il greco Isocrate, sia pure equivocando sul significato di “*logos*” inteso talora come mera “parola” “discorso”, talora come “pensiero” e “razionalità”, dice: “*Per la capacità insita in noi di persuaderci l’un l’altro e di chiarire a noi stessi quel che vogliamo, non solo ci siamo liberati dalla vita ferina, ma ci siamo radunati insieme e abbiamo fondato città, definito leggi e inventato arti; di tutto ciò che abbiamo fatto è stato elemento essenziale il logos. Per mezzo del logos abbiamo imparato a distinguere il giusto dall’ingiusto, il turpe e il bello ...*” (Nicocle, 6-9). E così il romano Lucrezio, nell’intento di riconnettere alla natura le capacità dell’eloquio, chiama “sordi” coloro che esprimendosi a suoni non possono capirsi, e muti, *mutae pecudes*, gli animali (*Postremo quid in hac mirabile tantoperest re, / si genus humanum, cui vox et lingua vigeret, / pro vario sensu varia res voce notaret? / Cum pecudes mutae, cum denique saecla ferarum / dissimilis soleant voces variasque ciere, / cum metus aut dolor est et cum iam gaudia gliscunt*) (*de rer. nat.* 5,1056-1061); e Cicerone, per dimostrare l’immortalità dell’anima, quale eclettico seguace delle dottrine stoiche e neoplatoniche, afferma: “*Prorsus haec divina mihi videtur vis, quae tot res efficiat et tantas. Quid est enim memoria rerum et*

*verborum?*” (*tusc.* 1,26,65)<sup>22</sup>. E ancora, insegnando all'uomo a non dolersi di avere un corpo più debole rispetto agli animali, il cristiano Lattanzio argomenta: “*quia non est tanti robur ac firmitas corporis, ut officio linguae careas, aut avium per aerem libera discursatio, ut manibus indigeas*” (*de opificio Dei* 3,20).

Va da sé che il termine dovesse essere stato collocato in origine accanto ad altro termine che lo completasse in senso concreto, materiale, visibile; e tuttavia, vuoi per il valore divinizzante che non può non riconoscersi alla parola *fas* in sé, vuoi per una sorta di fenomeno di compenetrazione nel significato dell'altro termine (*ius*), avrebbe poi assunto un valore autonomo di liceità, di espressione del volere del dio.

Altrettanto intuibile appare il processo mentale che portava ad identificare il *ius* come diritto umano. Se *ius*, l'antico *ius*, era la permeanza del dio e quindi della luce sulla terra, ben facilmente il suo significato poteva assumere via via un valore prevalentemente terreno: la luce è un elemento naturale che investe e beneficia di sé perpetuamente ogni essere partecipe della vita della terra, animato o inanimato che sia, ma di cui solo gli uomini possono manifestamente comprendere l'intima essenza, la potenza vivificante, il valore estremo. Di fronte alla notte, all'assenza della luce (e quindi del dio), gli animali si ritirano istintivamente; anche gli uomini si ritirano, ma in loro è elezione, è ossequio al volere di quel dio che è luce e che con le tenebre manifesta la sua assenza, è tema di incorrere nel castigo degli dei, di rischiare la vendetta divina. Non vi è presso i latini un culto espresso del sole, ma è implicita nell'esperienza storica di questo, come di tutti i popoli antichi, il culto della luminosità, e del giorno come spazio di tempo periodicamente ritornante ed unico che può essere di rilievo per la vita dell'uomo.

Per questa via, dalla prima giustificazione etimologico-psicologica

---

<sup>22</sup> Per passare poi a doti più filosofiche: *quid porro inventio? Profecto id, quo ne in deo quidem quicquam maius intellegi potest.* Va ricordato anche *de off.* 1,15,50: *eius autem vinculum* (sc. dell'umana società) *est ratio et oratio quae docendo, discendo, communicando, disceptando, iudicando conciliat inter se homines coniungitque naturali quadam societate; neque ulla re longius absumus a natura ferarum in quibus inesse fortitudinem saepe dicimus, ut in equis, in leonibus, iustitiam, aequitatem, bonitatem non dicimus.*

che univa *ius* a *fas* si è potuti trascorrere, io credo, ad intendere *fas* come “diritto divino”, e quindi sfera del lecito, e *ius* come “diritto umano”: per quel che riguarda *fas* non v’era che da esaltare l’elemento divino e divinizzante della parola, per quel che riguarda *ius* l’elemento umano, o per meglio dire terreno della luce. Nel tempo il *fas* si isola all’interno dell’esperienza esclusivamente religiosa, mentre il *ius* si umanizza, si laicizza e viene a significare l’esperienza giuridica degli uomini.

Mi giova, a questo punto, una *Anonymi brevis expositio Vergilii Georgicorum*, che “riproduce” Servio, e in ben quattro differenti tradizioni, più consapevole del processo di trasformazione che sta dietro le parole, al passo 1,269 sempre legge:

269 (FAS). ‘Fas’ divinum, ‘ius’ humanum, vel ‘fas’ ad homines, ‘iura’ ad Deos<sup>23</sup>.

2. Un esempio di tutto ciò può vedersi nell’esperienza giuridica greca. Anche qui la giustizia, la *dike*, prendendo le mosse dalle prime manifestazioni, episodiche, nella tradizione omerica, percorre un suo cammino di evoluzione, incominciando da una personificazione in donna e dea, in connessione con il sentimento di sviluppo, di benessere, di serenità, di appagamento fisico e politico<sup>24 25</sup> per giungere infine al concetto filosofico e tecnico.

In Omero la *dike* appare peraltro, di volta in volta e in ogni caso, preordinata allo scopo di porre un rimedio al disordine, di regolare il com-

<sup>23</sup> Cfr. *Servi grammatici qui feruntur in Vergilii carmina commentarii, III, Brevis expositio Vergilii Georgicorum (codex Bumannianus G)*, ed. G. THLO, Hildesheim 1965, p. 248.

<sup>24</sup> L’Agamennone di Eschilo si apre su un incantato scenario notturno e sui divagamenti penserosi di una sentinella che dal tetto della reggia spia il ritorno del re: “... mi scoppiano allora i singhiozzi sulle sventure / di questa casa non più retta dalla giustizia di un tempo” (vv. 18-19).

<sup>25</sup> Notevole in questo senso un testo poetico di Solone, che contrappone ai buoni i cattivi governanti: “*Questi insegnamenti l’animo mi spinge a dare agli Ateniesi: / Cattivo Governo genera molti mali alla città; / Buon Governo ogni cosa fa vedere corretta e in ordine. / Spesso, attorno agli ingiusti getta ceppi: / leviga le asperità, fa cessare l’alterigia,*

portamento degli uomini, di risolvere taluni dubbi relativi al pacifico conformarsi degli uomini stessi a regole di vita, ormai impostesi nell'uso, tesi a mantenere o recuperare il vivere in pace. E così "giusto" risulta Agamemnone quando accondiscende al rituale della riconciliazione con Achille (Iliade, 19,172-276); "giusto" è Menelao che spinge Antiloco a giurare, se lo possa, di non aver usato sotterfugi o inganni per vincere la gara dei carri (*ibidem*, 23,440 ss.; in part. 579-585: "No, farò giustizia da solo, senza, io credo, alcun rischio di critica; la giustizia, la dike, sarà retta. Vieni qui, Antiloco; prendi posto come vuole il rito: sta di fronte ai tuoi cavalli, alza la frusta nella mano e tocca i cavalli; e giura in nome di Poseidone che non usasti la frode per impedire la mia pariglia"). "Giustizia" è quella del caso concreto che descrive lo stile di vita della città in tempo di pace sullo scudo di Achille (*ibidem*, 18,497 ss.). "Giustizia" è il vivere secondo regola, come nota Eumeo il porcaro che dei pretendenti nella casa di Ulisse dice che sono "senza pensiero di timore e di pietas nelle loro teste: gli dei benedetti non approvano le azioni nefande; no, è la giustizia che essi onorano, e le azioni degli uomini compiute entro le regole" (*Odissea*, 14,82-84).

L'inno che Esiodo intona alla giustizia, dal verso 213 al 285 de *Le opere e i giorni*, è forse ancor più concretamente indicativo per stabilire una correlazione fra l'ambiente e la dike; questa, la giustizia, vi è vista come una donna, una dea ora vilipesa ora onorata: "Strepito della giustizia che viene trascinata dove gli uomini possono portarla / – divoratori di onorari, e con giustizie sbagliate decidono i formulari – / essa segue piangendo in città e luoghi abitati dagli uomini / vestita di nebbia, portando mali agli uomini che la respingono, / e che non l'hanno amministrata giustamente". Al contrario onorare la dike fa prosperare la città e appaga il popolo, porta la pace e l'abbondanza di cibo, di ghiande, di miele, di prodotti d'ogni ge-

---

oscura la tracotanza; / dissecca i germogli nascenti della sventura; le storte sentenze rad-drizza, mitiga / le azioni superbe; interrompe le opere della discordia; / pone fine al rancore della funesta contesa. Sotto di esso / tutto è per gli uomini ordinato e assennato" (vv. 3.30-39; trad. di Francesco SISTI in *Lirici greci*, Milano 1995, p. 11 s.). Sul problema della giustizia presso i greci si veda H. LLOYD-JONES, *The Justice of Zeus*, Berkeley 1983, p. 7 ss.; un'interessante linea di evoluzione è disegnata da E.A. HAVELOK, *Dike. La nascita della coscienza*, Bari 1981, *passim*.

nere, con conseguente fiorire della popolazione (“*le donne partoriscono bambini che assomigliano ai loro genitori; / essi fioriscono contenti con beni di continuo; né sulle navi / essi partono*”): la difesa del *ius* è, in somma, legge di evoluzione fisica della terra e dell’intero popolo<sup>26</sup>.

V’è già, nell’esaltazione della funzione, un primo nucleo di teorizzazione in nuce: la *dike* è la dea<sup>27</sup> che, se coltivata, concede agli uomini i suoi favori, ma coltivare la giustizia non significa formalizzare riti e cerimonie, bensì agire concretamente nella quotidianità dei rapporti sociali (*le giustizie* – cioè, direi, le azioni, i rapporti processuali, le contese portate in giudizio – *sbagliate*) e cittadini (*non l’hanno amministrata* – la città – *giustamente*). La conseguenza è, comunque, fisicamente visibile, e il fiorire della popolazione rappresenta visivamente la benevolenza della dea.

E così è ancora in Eraclito, in cui la *dike* appare regolatrice del corso dell’universo, iniziando dal suo ciclo fisico. E così è in Parmenide, la sua funzione essendo ancora una funzione di regolazione fisica concretantesi nell’aprire e chiudere alternativamente le porte del mondo al giorno e alla

---

<sup>26</sup> Nella ricordata lirica di Solone su buono e cattivo governo (cfr. nt. precedente) si legge che questi, i cattivi governanti, “*non curano i sacri fondamenti di Giustizia / che, silenziosa, conosce ciò che avviene e che avvenne / e, col tempo, arriva per punire. / Questa piaga, cui non si può sfuggire, pervade tutta la città; / ed essa cade presto nell’odiosa servitù, / che desta la rivolta civile e la guerra assopita, / fonte di rovina per l’amabile gioventù di molti. / A causa dei nemici, la città molto amata / si consuma in riunioni care agli ingiusti. / Questi mali fra il popolo si aggirano; dei poveri / molti giungono nei paesi stranieri, / venduti e legati a turpi catene. / Così il male pubblico raggiunge in casa ciascuno; / e la porta del cortile non riesce a trattenerlo: / oltre l’alto muro salta, e ti stana comunque, / anche se ti sei rifugiato nella parte più interna della casa*” (vv. 3,14-29; trad. SISTI, cit.).

<sup>27</sup> L’Antigone di Sofocle all’accusa del fratello Creonte di aver calpestato le leggi scritte della città per obbedire ad altri impulsi replica: “*Giove certo non fu chi me li impose, / nè la Giustizia agl’Inferi compagna / codeste leggi fissò mai fra gli uomini*” (vv. 450-452; trad. LOMBARDO RADICE). Nel senso generale della tragedia “giustizia” diviene la costruzione faticosa e sofferta del proprio agire (l’agire di Antigone), sia esso conforme o meno alle leggi scritte dello Stato. Analogo dilemma da cui la giustizia appare costruita attraverso il comportamento umano si legge nell’Aiace, dove, a sedar la contesa sulle spoglie dell’eroe suicida, Ulisse richiama Agamennone al rispetto della giustizia: “*Lui disprezzare e secondar giustizia / non puoi: chè lui non già, le leggi sante / corromperesti. Chè a nobile morto / recare offesa, anche se l’odi, è ingiusto*” (vv. 1341-5; trad. LOMBARDO RADICE).

notte, “*mettendo così in atto la regolare reciprocità cosmica*”: anche la violenza, la *bia*, diviene volontà onnipossente che con fortissima mano (la ὑπερτάτα χειρὶ del *Nomos Basileus* di Pindaro) realizza un saggio ordinamento universale.

Le poesie di Solone, il primo documento letterario di Atene, sono uno strumento educativo di grande spessore: “*Desidero avere ricchezze, ma possederle ingiustamente / non voglio; sempre, in seguito, giunge Giustizia. / La ricchezza, che danno gli dei, rimane all’uomo / salda, dalla sua più profonda radice fino alla cima; la ricchezza, che gli uomini cercano con prepotenza, / non viene secondo ordine ma, obbedendo ad azioni ingiuste, segue controvoglia, e subito a lei si mescola Rovina*”<sup>28</sup>.

Ma è solo con Erodoto che il concetto di *dike* comincia a delinearsi con un suo contenuto di interiorizzazione: l’antica dea si duplica nei due aspetti, della *dike* tradizionale e della *dikaiosyne*, iniziando un processo che la porterà a diversificarsi (questa giustizia, quella pena; questo concetto astratto, quella personificata in divinità). Il termine *dikaiosyne* appare usato soltanto otto volte, ma in ambiti sempre molto significativi: a indicare la restaurazione della legalità e dell’ordine contro l’anomia nell’equilibrio sociale (1,95 ss.; 2,141-152); a caratterizzare l’onestà voluta dagli dei nella coscienza di Glauco, uomo “*il più rispettoso della giustizia di tutti quelli che abitavano in quel tempo a Sparta*” (6,86)<sup>29</sup>; è lealtà e correttezza di comportamento nella vicenda di Serse ed Artabano (7,44-52); è espressione di buon governo politico nelle ragioni che inducono Cadmo a lasciare Cos e a stabilirsi in Sicilia dove fonderà Messina (7,163-164).

---

<sup>28</sup> Sono i vv. 3.30-39; è ancora (cfr. ntt. 25 e 26) la traduzione di SISTI, *op. cit.*, p. 8 ss.

<sup>29</sup> Poiché Glauco non ricordava (o pretendeva di non ricordare) che uomini di Mileto avessero depositato presso di lui una ingente somma (“*io intendo, se me ne ricorderò, di fare tutto ciò che è giusto: cioè, se ho ricevuto il denaro, secondo giustizia restituirlo*”), la Pizia, cui si era rivolto per consulto, gli disse: “*O Glauco, figlio di Epicide, per il momento, certo, è più vantaggioso così, come tu dici, con un giuramento cantar vittoria e carpire il tesoro. Giura pure, poiché la morte, almeno, attende anche chi rispetta i giuramenti. Ma dal giuramento nasce un figlio che non ha nome, né mani, né piedi; ma impetuoso si avventa, finché, tutta insieme ghermita la stirpe e la famiglia tutta, non la tragga a rovina; ma è più prospera nel tempo la stirpe di colui che rispetta il giuramento*” (trad. ANNIBALETTO).

Una decisa affermazione del nuovo ruolo che la giustizia viene ad assumere, interiorizzante e di volta in volta costruito solo attraverso la sofferta partecipazione umana, si ritrova nella Repubblica di Platone: vi si legge di una giustizia, la greca *dikaio syne*, che regola e controlla le azioni degli uomini e dei gruppi nelle loro interrelazioni con carattere di reciprocità. Nella trasformazione filosofica la *dikaio syne*, ormai contrapposta all'antica *dike*, amplia il suo significato, "il termine diviene sia più ricco sia più complesso, in quanto include un doppio riferimento tanto alla polis che all'individuo; la giustizia rimane il simbolo di una relazione sociale – come è sempre stato – ma ora ne assume un altro che si riferisce alla personalità umana", è, cioè, sia una "formula sociale", sia una "virtù dell'anima"<sup>30</sup>.

Nel Gorgia platonico Socrate giunge a parlare della giustizia come della sola vera "virtù politica". "*Dimmi dunque – chiede Socrate al suo interlocutore*<sup>31</sup> – *a quale dei due tipi di cura della città tu mi inviti: debbo lottare contro gli Ateniesi per fare in modo che diventino per quanto possibile migliori, come farebbe un medico, oppure mi debbo comportare come un servo, cercando di assecondarne i capricci?*" (521a): la risposta è "maieuticamente" scontata. E non bisogna temere le conseguenze del proprio comportamento, non bisogna temere d'essere condannati, d'avere i beni sequestrati: chi "*ingiustamente avrà rubato, così ingiustamente ne userà; e se con ingiustizia, vergognosamente, e se con vergogna, in maniera*

<sup>30</sup> Così annota HAVELOK, op. cit., p. 378 ss.

<sup>31</sup> È Callicle, il terzo interlocutore che si oppone a Socrate nel dialogo per giungere alla definizione conclusiva del ragionamento sulla giustizia. Se col primo, Gorgia di Leontini (una tappa storica essenziale tanto nello sviluppo della retorica quanto nella storia della letteratura greca), il filosofo contesta che il retore sia padrone del sapere circa il giusto e l'ingiusto; se col secondo, Polo di Agrigento (che, nella sua distanza, storicamente documentabile, di una generazione da Gorgia, rappresenta l'impeto giovanile dell'entusiasmo per la retorica), giunge pure a conclusioni quali quelle che si leggono al passo 478d: "*la giustizia fa in qualche modo diventare saggi e più giusti ed è una specie di terapia contro la malvagità*"; con il misterioso Callicle (forse solo una maschera per impersonare un ideale o una serie di istanze politiche ed etiche) perviene infine a far riconoscere nella giustizia la radice del bene dell'anima, che, sola, insieme alla temperanza, può dare appagamento all'uomo (le traduzioni dal Gorgia sono di SCAGLIETTI, nell'ediz. dei *Classici greci e latini*, Milano 1993).

*davvero cattiva*” (521c). E dopo aver previsto la possibilità di essere trascinato in tribunale e condannato (ma “*il mio accusatore sarà senz’altro un uomo malvagio*”: 521d) è di grande rilievo la conclusione di Socrate: “*Cre- do di essere fra i pochi Ateniesi, per non dire il solo, a cercare di coltivare la vera arte politica (πολιτική τέχνη) e l’unico uomo che, ai giorni nostri, fa veramente politica*” (521d).

3. Un altro importante capitolo nella storia dell’umanizzarsi della giustizia si ritrova presso i romani, nella lettura del *liber primus regularum* di Ulpiano, nel passo famoso, inserito nel titolo “*de iustitia et iure*” del Digesto (D. 1,1), dove si definisce la giustizia<sup>32</sup>:

D. 1,1,10 pr. (Ulp. 1.1 *reg.*) Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Giavoleno, nel l. 11 *epistularum*, esprime chiaramente il noto principio per cui *omnis definitio in iure civili periculosa est* (D. 50,17, 202), ma, riconosciuto l’utilizzo del metodo definitorio anche da parte dei giuristi romani, e ciò a seguito delle influenze retoriche (MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966; CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani, Metodo mezzi fini*, Napoli 1966), non può non riconoscersi un particolare valore alla definizione ulpiana di D. 1,1,10 pr. Mentre il Carcaterra (p. 182 s.), richiamandosi al VILLEY (*Suum ius cuique tribuere*, in «Studi De Francisci», I, Milano 1956, p. 363 ss.), si limita ad ammetterla nella forma, per valutarla invece nella sostanza, distinguendone il fine didattico-scientifico che doveva aver avuto nell’originaria opera ulpiana da quello normativo che viene ad assumere nella sistematica giustiniana (“persuasiva ed ermeneutica per l’interprete ... ma ... pure criterio informatore dell’attività legislativa”: p. 213), il Martini (p. 341 nt. 543) si preoccupa di inquadrare sistematicamente la definizione in oggetto ricomprendendola fra quelle che sulla scia di Cicerone (e di un *liber definitionum* variamente attribuito: p. 58 ss.) si possono qualificare *per laudem*.

<sup>33</sup> Sulla definizione ulpiana oltre alle trattazioni più risalenti [fra cui basti citare SENN, *De la justice et du droit (Explication de la définition traditionnelle de la justice suivie d’une étude sur la distinction du ius naturale et du ius gentium)*, Paris 1927; VON LUBTOW, *De iustitia et iure*, in ZSS 66 (1948), p. 458 ss.; L. CARCATERRA, *Iustitia nelle fonti e nella storia del diritto romano*, Bari 1951; VILLEY, op cit.; POLACEK, *Zum Gerichtigkeitsgedanken im römischen Recht*, in ZSS 77 (1960), p. 160 ss.; BIONDI, *Diritto e giustizia nel pensiero romano*, in *Scritti*, I, Milano 1965, p. 53 ss.], è opportuno ricordare ancora BURDESE, *Sul concetto di giustizia nel diritto romano*, in «Annali di storia del diritto», 14/17 (1970/73), p.

La frase, preziosissima, si ritrova ripetuta in altri contesti:

I. 1,1,1 pr. – Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens

D. 1,1,10,1 (Ulp. l. 1 *reg.*) Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

D. 16,3,31,1 (Triph. l. 9 *disp.*) ... et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut ...

Nell'un passo, all'inizio delle Istituzioni di Giustiniano, muta il gerundio *tribuendi* nel participio presente *tribuens*; nell'altro, per l'individuazione del terzo dei *praecepta iuris*, che compare nel Digesto sempre per bocca di Ulpiano, si impiega l'infinito del verbo *tribuere*; infine in Trifonino appare la costruzione dell'indicativo presente *tribuit*.

Non è il caso di ripercorrere qui i possibili itinerari filosofici del giurista, che rimangono costruttivi sì, ma marginali alla speculazione propriamente giuridica<sup>34</sup>. È interessante tuttavia rilevare sul terreno filosofico il fatto che la giustizia sia definita una "volontà", e quindi una tensione

---

103 ss.; TAPANI KLAMI, *Sacerdotes iustitiae (Rechtstheoretische und historisch-methodologische Bemerkungen über die Entstehung des römischen 'Rechtspositivismus')*, Turku 1978; WALDSTEIN, *Zur Ulpian's Definition der Gerichtigkeit* (D. 1,1,10 pr.), in *Festschrift Flume*, I, Köln 1978, p. 213 ss.; HONORÉ, *Ulpian*, Oxford 1982, in part. p. 112 ss.; DIESELHORST, *Die Gerichtigkeitsdefinition Ulpian's in D. 1,1,10 pr. und die praecepta iuris nach D. 1,1,10,1 sowie ihre Reception bei Leibniz und Kant*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition, Simposion Wieacker*, Ebelsbach 1985, p. 185 ss.; GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *SDHI* 54 (1988), p. 1 ss. Per una diversa parallela prospettiva CANCELLI, *La giustizia*, cit., Roma 1993, p. 25 ss. (si veda anche, *ibidem*, p. 107 ss., R. FOSSATELLI, *Il concetto di iustitia nel de officiis di Cicerone*).

<sup>34</sup> In fondo qui Ulpiano propone una critica nei confronti della filosofia, come speculazione astratta; ma, in qualche senso, anche inconsciamente, il suo discorso ripropone un confronto con la filosofia che dovendo essere condotto sullo stesso terreno della scienza del pensiero, può non essere del tutto convincente dal punto di vista della tecnica giuridica (GALLO, *Diritto e giustizia*, cit., p. 18). Dei precedenti filosofici che possono aver ispirato il discorso di Ulpiano, dove si evidenzia talora la matrice stoica, talora quella neoplatonica, si

programmatica, decisa e determinata, che assume rilievo particolare ancor prima che dal fine che deve perseguire, dalle attribuzioni che le sono ricollegate: è una volontà che, lungi dall'essere una semplice "commozione" (e intendo 'commozione' alla latina, come movimento convergente) dell'animo e della mente (anzi prima della mente che dell'animo), ha i caratteri della costanza e dell'eternità, è *constans et perpetua*, cioè ferma e immutabile contro ogni ostacolo e non occasionale o precaria. Sono appunto queste attribuzioni che ne fanno una entità eccezionale e autonoma, al di sopra delle mutabili volontà dell'uomo, una "*bestaendige und dauerhafte Wille*" come la dice Waldstein, con attribuzione alla "volontà" di qualificazioni che la catalogano indubbiamente quale *virtus*, "*während die inconstantia als vitium qualifiziert wird*", ovvero ancora, per seguire l'insegnamento del von Lübtow, un principio astratto "*völlig objektiviert und vergeistigt*"<sup>35</sup>.

Certo l'identificazione della giustizia con una *voluntas* era nuova alla meditazione romana; e nuova era anche e soprattutto, sempre dal punto di vista giuridico, la qualificazione di tale *voluntas*<sup>36</sup>. Ma la derivazione ne è sempre filosofica: determinante per la comprensione dell'esatto significato del parallelo appare proprio quel pensiero stoico, che serpeggia nella Roma dell'ultima repubblica e trionfa nella Roma del primo principato. Cicerone mostra di ben conoscerla in un passo delle *Tusculanae disputationes*, dove l'Arpinate riscontra nel termine latino "*voluntas*" appunto il corrispondente della *bouleusis* greca, identificata con la capacità psicologica di assecondare con ogni sforzo il ciclo della natura dal momento che ogni bene viene dalla natura e male è ciò che risulta ad essa contrario:

---

tratta in particolare in SENN, *De la justice et du droit*, cit.; FREZZA, *La cultura di Ulpiano*, in SDHI 34 (1968), p. 363 ss.; WALDSTEIN, op. cit., p. 214 ss.; HONORÉ, *Ulpian*, Oxford 1982, *passim*.

<sup>35</sup> Cfr. WALDSTEIN, op. cit., p. 225 ss., fra cui in part. nt. 82.

<sup>36</sup> Ora pare bene si possa concludere che nella disposizione del discorso condotto nel titolo *de iustitia et iure* i compilatori avrebbero operato una "giuridizzazione" della giustizia che non era affatto originariamente presente nel pensiero di Ulpiano.

Cic., *Tusc. disp.* 4,6,12 ... id cum constantè prudenterque fit, eiusmodi adpetitionem Stoici βούλευσιν appellant, nos appellamus voluntatem. Eam illi putant in solo esse sapiente, quam sic definiunt: voluntas est, quae quid cum ratione desiderat

dove è da rilevare, semmai, che la qualificazione avverbiale della tensione volontaristica che lo stoico propone verso le leggi di natura, *constantè prudenterque*, ripete in parte la stessa qualificazione della *voluntas* che rappresenta la giustizia ulpiana che è anch'essa *constans et perpetua*.

Dall'attività di pensiero dei secoli precedenti Ulpiano ha tratto decisamente la seconda parte del suo passo famoso: il concetto di una giustizia protesa all'equa "distribuzione" (il "dare a ciascuno il suo") era già presente in Cicerone:

Cic. *de inv.* 2,53,160 Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem<sup>37 38</sup>.

La giustizia vi appare quell'atteggiamento abituale dell'animo (*habitus animi*) che, per conseguire una utilità pubblica, attribuisce, riconosce (*tribuens*) a ciascuno il proprio valore (*dignitas*). Analogamente l'autore della *Rethorica ad Herennium* definisce la giustizia come equità che attribuisce (*tribuens*) ad ogni essere il suo diritto secondo la *dignitas* di ciascuno.

*Rhet. ad Her.* 3,2,3 Iustitia est aequitas ius unicuique rei tribuens pro dignitate cuiusque.

Vi si legge il concetto stoico della retribuzione, del vivere contenti delle disposizioni della natura, del conformarsi ad essa che tutto dispone secondo regola: in questo universo regolatore ognuno (persona o cosa) ha

---

<sup>37</sup> *Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.*

<sup>38</sup> Così anche, per esempio, *de fin.* 5,24,67; *de nat. deor.* 3,15,38; *de rep.* 3,14,22(24).

la sua posizione, il suo ruolo, la sua *dignitas*: giustizia è riconoscere a ciascuno il suo posto nell'universo<sup>39</sup>.

Tutto ciò può forse trovare ulteriore conforto nella valutazione del diverso valore e significato che assume la ripetizione della stessa frase nelle tre versioni che si leggono nei tre testi giuridici, quello di Ulpiano riportato nel Digesto, D. 1,1,10 pr., col gerundio *tribuendi*, quello del seguente paragrafo, D. 1,1,10,1, con l'infinito *tribuere*, e quello delle Istituzioni giustiniane, I. 1,1,1 pr., col participio *tribuens*, aggiungendovi semmai l'analogia formulazione che si legge in D. 16,3,31,1 per bocca di Trifonino, la terza persona dell'indicativo presente *tribuit*.

Ora, il testo che si legge nell'apertura delle Istituzioni giustiniane (I. 1,1,1 pr.), a mio sommo avviso, rappresenta la formulazione primigenia, originale, in quanto ricopiata, nella sua espressione verbale con il participio, dai più antichi testi della fine della repubblica: raffigura un'entità autonoma e assoluta che essa stessa si fa distributrice, essenza che permea il mondo fisico e che non ha bisogno di mano d'uomo per essere attuata; così anche la testimonianza di Trifonino, che propone l'immagine di un valore in sé quasi personificato, tale che personalmente "*tribuit*" a ciascuno il suo [semmai può notarsi che manca *ius*].

Non è ignoto, e confortato da autorevole dottrina, che "certamente la personificazione del diritto è frequentissima nella letteratura giuridica": altrettanto frequente, se non di più, la personificazione della Giustizia.

Al contrario il testo che si legge nel Digesto, sia nella formulazione di D.1,1,10 pr. che vuole definire la giustizia, sia nell'altra, D. 1,1,10,1,

---

<sup>39</sup> Sul tema della giustizia in generale, e in particolare sulla giustizia distributiva e sul concetto di *dignitas* si veda PERELMANN, *La giustizia*, Torino 1959, *passim*, in cui appare il superamento della concezione antica rifugiata nella regola formale con contenuti ideologici astratti, per giungere ad una concezione più moderna che, sulla base della tradizione religiosa giudaico-cristiana, si fonda sull'uomo giusto; si veda BERGSON, *Les deux sources de la morale et de la religion*, in *Oeuvres*, Paris 1970, p. 1033 ss., che si rapporta all'idea della "uguaglianza", in prospettiva comparatistica; così anche STEIN-SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano 1981, p. 89 ss. Il criterio della *dignitas* è particolarmente presente, in prospettiva kantiana, nell'opera di G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Roma 1959, *passim*.

riferita ai *praecepta iuris*, rappresenta invece la proiezione della Giustizia nel mondo, in quanto la frase, con l'uso del gerundio (o dell'infinito), non nega (mi piacerebbe anzi arrivare a dire che postula) l'esistenza di un soggetto diverso dalla stessa giustizia, il soggetto di quel gerundio (e di quell'infinito), che appunto compia l'azione dell'attribuire a ciascuno il suo: è la proiezione della giustizia nell'umano.

In tutti tre i casi le diverse forme verbali sono utilizzate in funzione epesegetica, cioè con la funzione esplicativa tesa a sviluppare o chiarire mediante il nuovo sviluppo lessicale il concetto già espresso e già di per sé compiuto nel senso. Così l'infinito di D. 1,1,10,1, che riprende e specifica il pronome neutro plurale *haec* riferito a *praecepta* (ma lo stesso uso è documentabile anche in rapporto a sostantivi generici, come potrebbe essere *praeceptum*, appunto, o anche *voluntas*). Così il gerundio di D. 1,1,10 pr., che, quale sostantivo verbale, denota il processo dell'azione contemplata dal verbo considerato in se stesso. Così, infine, il participio di I. 1,1,1 pr. (come quello di Cic., *de inv.* 2,53,160 e della *Rhet. ad Her.* 3,2,3).

Ma mentre tale funzione sintattica appare ben chiara nelle ipotesi di declinazione nominale del verbo (*tribuere, tribuendi*) in cui l'uso epesegetico non esclude la sostituibilità con frase infinitiva o d'altro genere in cui sia chiaramente espresso il soggetto dell'azione verbale, il contrario avviene per la forma del participio, il quale, pur conservando il significato del verbo, partecipa delle caratteristiche (genere, numero, caso) del nome e al nome attribuisce la responsabilità dell'azione indicata (Quint. 1,4,19: *mixtum verbo participio*)<sup>40</sup>: pertanto se nelle forme della "declinazione nominale" del verbo

<sup>40</sup> Dionisio Trace fece del participio una parte del discorso a sé stante, separandolo dal verbo, e pure conservandone il ricordo nel nome, che secondo lui indica "partecipazione", e ne sottolinea la duplice natura, verbale e aggettivale insieme. Inoltre la distinzione fra aggettivo e verbo appare tanto più indecisa e sfumata quanto più si risale nel tempo (A. RONCONI, *Il verbo latino. Problemi di sintassi storica*, Firenze 1968, p. 187; analogo METHNER, *Lateinische Syntax des Verbums: ein wissenschaftlich-didaktischer Versuch*, Berlin 1914, p. 64 ss.; e in particolare MAROUZEAU, *L'emploi du participe présent à l'époque républicaine*, in «Mémoires de la Société de Linguistique de Paris» 16 (1910), *passim* e p. 84 ss. dell'estratto; WEEREMBECK, *Participe présent et gérondif*, Utrecht-Paris 1927, p. 33 ss.; sugli aspetti di morfologia storica si veda anche TRAGLIA, *La flessione verbale latina*, Torino 1956, p. 160 ss.).

(in particolare per quel che riguarda il frammento ulpiano, D. 1,1,10,1, in cui sono espressi i *praecepta iuris*, e dove è facile appunto un confronto convincente coi precetti precedenti, *honeste vivere*, e *neminem laedere*) il soggetto sottinteso dell'azione, l'uomo, è facilmente ricavabile dal contesto<sup>41</sup>, nel caso di I. 1,1,1 pr., il participio riferisce direttamente al sostantivo da specificare, *voluntas*, l'azione del *tribuere*.

4. A chiusura è opportuno rilevare un dato circa il valore di quel termine *ius* che appare oggetto di attribuzione nella definizione di giustizia (e non compare, naturalmente, quando la stessa frase che definisce la giustizia viene usata per indicare uno dei *praecepta iuris*). Per questo mi riporto al passo iniziale del Digesto giustiniano, dove, ancora per bocca di Ulpiano (dal suo 1° libro delle Istituzioni) si legge:

D.1,1,pr.-1 (Ulp. l. 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. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

---

<sup>41</sup> Anche il rapporto fra la forma dell'infinito *tribuere* e quella del gerundio *tribuendi* è rapporto che la linguistica risolve nel senso di una ricostruzione storica della funzione e della forma propriamente mediale che deve riconoscersi al gerundio (TRAGLIA, op. cit., p. 146 ss. e in part. 180 ss., sulla morfologia storica), "la quale (forma), per la sua attitudine a ricevere un complemento oggetto, finisce per assumere non di rado anche un senso specificamente attivo, ma conserva sempre come sua caratteristica funzione quella intransitiva" (così A. RONCONI, op. cit., p. 203; dopo i testi fondamentali di BAYARD, *De gerundivi et gerundii vi antiquissima et usu recentiore*, Lille 1902, e di DOSSON, *De participii gerundivi antiquissima vi*, Paris 1887, val la pena di considerare gli studi di METHNER, op. cit., p. 87; HJELMSLEY, *Le verbe et la phrase nominale*, in «Mélanges Marouzeau», Paris 1948, p. 253 ss.; WEEREMBECK, *Participe présent et gérondif*, cit., p. 133 e poi 207 ss).

Splendida l'immagine di un diritto, *ius*, che deriva dalla giustizia, mentre – è stato detto – sarebbe vero il contrario<sup>42</sup>. Ma l'espressione non vuole indicare propriamente la derivazione dell'una entità dall'altra, quanto piuttosto la necessità di esistenza operativa dell'una perché l'altro, il *ius*, possa concretamente esistere.

La *iustitia*, intesa etimologicamente è la tutela del *ius*: lo prova la scansione etimologica del termine nei suoi due componenti, *ius* + *tuitio*<sup>43</sup>, dove *tuitio*, che è sì termine prezioso ed infrequente, perché prende significato dal verbo *tueor* che, come insegna Festo, trova applicazione anche nella forma contratta *tuor* (Festo, f. 355, *sed iam promiscue utuntur*, Lindsay, p. 445, Hildesheim 1965).

Cicerone, che nel *de finibus* definisce la *iustitia* come *animi affectio* (*de fin.* 5,23,65: *quae animi affectio suum cuique tribuens, atque hanc, quam dico, societatis coniunctionem humanae munifice et aequae tuens, iustitia dicitur*), le affida quale sua connaturata funzione quella appunto di *tueri munifice et aequae la coniunctio humanae societatis*; così come, in *tusc.* 1,1,2 (*mores et instituta vitae resque domesticae ac familiaris nos profecto et melius tuemur et lautius*), affida ai *mores et instituta vitae* il compito di *tueri melius et lautius le res domesticae ac familiares*.

<sup>42</sup> Così, per esempio, alcune citazioni istituzionali, come GUARINO, *Ordinamento giuridico romano*, Napoli 1990, p. 14; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1985, p. 204; TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 38.

<sup>43</sup> Isidoro lo raccorda a *status* (*orig.* 18,15,2: *quasi iuris status*, in questo, forse, suggestionato dall'etimologia festina di *iustitium*): mi sembra tuttavia che "giustizia" si avvicini assai più ad una attività operosa che non alla mera presa d'atto dello stato del diritto. Allorchè Prospero dice (*in psalm.* 105,3, che *iustitia et iudicium tam similia sibi sunt ...; verum tamen iudicium custodire dicendus est qui recte iudicet, iustitiam vero facere qui recte agit*, non fa che assumere in proprio una antica consapevolezza, di cui si legge per esempio in Cicerone, *de rep.* 3,14,22(24), ma anche nella chiusa di *part. or.* 22,78, che, dopo aver individuato nella giustizia, a seconda della specificità della sua direzione, *religio, pietas, bonitas, fides, moderationis lenitas, amicitia*, dice *Atque hae quidem virtutes cernentur in agendo*. L'autore della *Rhetorica ad Herennium* riferisce alla *iustitia* vari comportamenti attivi, quali si evincono dalla progressione seguente: *iustitiae partibus utemur, si aut innocentium aut supplicium misereri dicemus oportere ..., si dicemus in omnibus aequabile ius statui convenire; his atque huiusmodi partibus iustitiae, si quam rem ... faciendam censebimus, iustam esse ostendemus, contrariis iniustam* (3,3,4). E tanto basti.

Di *tuitio* nel senso di difesa (e, si potrebbe dire, di una difesa in senso giuridico) parla Cicerone, *de leg.* 2,24,61, quando insegna che la legge delle XII tavole *tuetur ius sepulchrorum*. Di *tuitio* parla Plinio, 20,54,152, consigliando l'uso del puleggio (la menta romana) contro le ingiurie (*iniuria*) del freddo (*quin et olfactu capita tueri contra frigorum aestusque iniuriam et ab siti traditur*), dove è opportuno sottolineare particolarmente l'uso del termine *iniuria*, che è termine caratteristico del linguaggio giuridico, in un contesto che è tutt'altro che giuridico. Ma di *tuitio* parla anche Livio, in un brano di particolare suggestione al fine di coglierne un preferenziale uso giuridico: nell'anno 339 a.C. i Campani consegnarono incondizionatamente a Roma la città di Capua, per averne aiuto contro i Sanniti, dicendo che se i Romani non erano invogliati a porsi in guerra per la difesa delle cose altrui certamente sarebbero scesi in campo per le proprie: "*quando quidem, inquit, nostra tueri adversus vim ac iniuriam iusta vi non voltis, vestra certe defendetis*" (7,31,3), dove il *tueri iusta vi* contro la *vis ac iniuria* dei Sanniti è, dal punto di vista del diritto pubblico, giustizia<sup>44</sup>.

È splendida l'immagine dei giuristi come sacerdoti (del diritto, o della giustizia), che riprende l'immagine del "*quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae*" della quale si compiacerà altrove Giustiniano<sup>45</sup>.

Riguardo all'espressione *cuius sacerdotes nos appellet*, e sul presupposto che il "sacerdozio" debba accompagnare e circondare il termine di maggior rilievo, Filippo Gallo distingue storicamente il significato ed il valore, che essa avrebbe avuto nell'originario pensiero di Ulpiano, dal significato e valore che viene ad assumere nella "traduzione" giustiniana della giustizia operata dai compilatori nel titolo "*de iustitia et iure*", dove si sarebbe addivenuti consapevolmente ad una "giuridizzazione" della giustizia stessa.

---

<sup>44</sup> Varrone, nel *de ling. lat.* 7,12, dice che *tueri duo significat: unum ab aspectu ut dixi, unde est Ennii illud: "Tueor te, senex? Pro Iuppiter!" et "Quis pater aut cognatus volet vos contra tueri?"*. Alterum a curando ac tutela, ut cum dicimus, vellet tueri villam. Nella seconda accezione l'impiego più documentato è certamente quello che si riscontra nelle pagine dei giuristi, e che ci documenta la compilazione giustiniana.

<sup>45</sup> *Deo auctore* 5.

Riprendendo in parte concezioni filosofiche, dove si richiama lo stoicismo, e più ancora il neoplatonismo, e in parte radicalmente innovandole, il giurista aveva voluto dire che il *ius*, inteso celsinamente come *ars boni et aequi*, ha dei suoi propri sacerdoti, che tali sono in quanto, operando concretamente nella distinzione fra ciò che è equo e ciò che è iniquo, fra il lecito e l'illecito, coltivano la giustizia: "Ulpiano addusse la definizione celsina di *ius* per giustificare la propria asserzione che lo stesso a *iustitia appellatum est*"<sup>46</sup>.

Ma mentre Ulpiano aveva accentrato la propria attenzione speculativa sul *ius*, nel discorso giustiniano i compilatori, capovolgendo l'impostazione del pensiero, considerano centrale la trattazione della *iustitia*, virtù concepita filosoficamente, che consiste nella *constans et perpetua voluntas* di assegnare a ciascuno il suo diritto; essa viene così "tradotta" nel diritto grazie anche all'esposizione dei *praecepta iuris* e alla definizione della *iuris prudentia*; l'*ars iuris* viene riservata al solo imperatore, e i giuristi appaiono come sacerdoti della *iustitia* (*cuius*) perché si dedicano al *ius*<sup>47</sup>.

Infine il diritto come costruzione (*ars*, artificio) del bene e dell'equo (*ars boni et aequi*) che per giustizia deve essere dato a ciascuno (*iustitia est constans et perpetua voluntas suum ius cuique tribuendi*). È splendida espressione del vivere equilibratamente in funzione degli altri: così mi piace di interpretare la Giustizia.

In definitiva il rapporto che viene a crearsi tra il diritto e l'uomo nella *iustitia* può ben intendersi in forma ossimorica: la *iustitia* è difesa dell'uomo attraverso il diritto, la *iustitia* è difesa del diritto attraverso l'uomo (*ius* che difende, *ius* che è difeso). Essa è, si è detto, *tuitio* del *ius*<sup>48</sup>. Ancora una

---

<sup>46</sup> Dice testualmente l'A. (p. 29) che appare comunque ineliminabile "una discongruenza: la giustizia è ritenuta, da un lato, ispiratrice del diritto (come tale antecedente ad esso) e viene definita, dall'altro, a mezzo del diritto (che è così presupposto già esistente)".

<sup>47</sup> Li legge come *sacerdotes iustitiae* senza dubbio per esempio CERAMI, *Giurisprudenza e scienza del diritto, in Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, Palermo 1995, p. 206 ss.

<sup>48</sup> Si tratta solo di un'ipotesi di percorso; ma risultano di particolare significato, a mio sommo avviso, quegli usi del termine *tueor*, *tuitio* ove nelle fonti giuridiche destinatario

volta l'analisi logica del discorso ci pone di fronte ad un dubbio interpretativo che non può essere risolto assolutamente, nell'un modo o nell'altro, ma che presenta una soluzione duplice: infatti il complemento di specificazione "del *ius*" può essere inteso con funzione soggettiva, nel senso che il *ius*, il diritto, è indispensabile per ottenere la difesa degli uomini nei rapporti sociali, essendo lui stesso che li soccorre; ovvero la stessa locuzione può essere intesa in senso oggettivo, nel senso, cioè, che il diritto deve essere realizzato, difeso, attraverso appunto la pratica attuazione della giustizia che con mani d'uomo attribuisce a ciascuno il suo.

L'ossimoro è figura retorica che descrive un oggetto, un concetto, un pensiero riferendogli a coppia qualità diametralmente opposte; ma è anche, direi, un metodo di indagine logica; ma è anche un ponderato sistema di vita pratica. Così è Dio, che nell'insegnamento di Agostino ci appare "*misericiosissime et iustissime; secretissime et praesentissime; pulcherrime et fortissime; stabilis et incomprehensibilis; immutabilis, mutans omnia; numquam novus, numquam vetus; innovans omnia et in vetustatem perducens superbos, et nesciunt; semper agens, semper quietus; colligens et non egens [...]; quaerens cum nihil desit tibi*"<sup>49</sup>. Così è la nostra conoscenza in Dio, chè, per dirla con le parole di Tommaso d'Aquino, "*in finem nostrae cognitionis Deum tamquam ignotum cognovimus*"<sup>50</sup>. A questo si-

---

della difesa non sia un soggetto o un oggetto concreto [di cui c'è larga dovizia: il generico "tu", del convenuto avverso l'attore (per un esempio il *tueris* di Paolo in D. 9,4,17,1); l'*innocentia (infantis) tuetur* di Modestino, D. 48,8,12; la (*minorum quattuordecim annis) aetas ... tueri* di Callistrato, D. 48,18,15,1; e poi la *filia* (D. 6,1,65,1 di Papiniano), l'*heres institutus* (D. 37,4,14 pr. di Africano), l'*emptor* (D. 20,1,11,2 di Marciano), il *debitor* (D. 13,7,18 pr. di Paolo); e così il *non solum patrimonium, sed etiam corpus et salutem furiosi* di Giuliano, D. 27,10,7 pr.; i *bona ne dilapidarentur* di Ulpiano, D. 26,4,1 pr.; o ancora *aedes* (D. 26,1,1,1 di Paolo), *aedificium* (D. 7,1,44 di Nerazio), *res dotales* (D. 25,1,15 pr. di Nerazio), etc.], ma sia piuttosto una situazione giuridica o un diritto in astratto [come la libertà in D. 25,6,1,11 di Ulpiano, la *dignitas sua* in D. 3,1,1 pr. di Ulpiano, la volontà testamentaria (D. 39,3,10,1 di Ulpiano); le servitù rustiche (D. 43,19,1,1 di Ulpiano); ecc.], fino a pervenire alla *tuitio* dello stesso diritto, per bocca di Ulpiano in D. 39,1,1,16 (*Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi gratia*).

<sup>49</sup> Cfr. Aug. Conf. 1,4.

<sup>50</sup> S. Tommaso fa propria qui una felice considerazione di Dionigi l'Areopagita,

stema può costruttivamente essere improntato il comportamento umano, quale sempre la parola del Vescovo di Ippona suggerisce: “*Amas nec aestuas; zelas et securus es; poenitet te et non doles; irasceres et tranquillus es; opera mutas et non mutas consilium; recipies quod invenis et numquam amittis; numquam inops et gaudes lucris; numquam avarus et usuras exigis [...] Reddis debitas, nulli debens; donas debita, nihil perdens [...]*”<sup>51</sup>. Tale è la condizione del cristiano nella realtà quotidiana, bilanciato in giusto equilibrio fra un’assoluta “fedeltà al cielo” e al contempo una sofferta e completa “fedeltà alla terra”<sup>52</sup>. Tale è infine (ma non per ultimo) la condizione umana quotidianamente divisa da tensioni opposte e da opposti desideri.

Del resto considerando l’immagine di apertura del Digesto giustiniano, che poi ha i toni dell’immagine di apertura anche considerandola nell’originaria opera istituzionale di Ulpiano, il *iuri operam daturum* indica un’attività dell’uomo e dall’uomo spesa per il diritto. Ora, se è anche pensabile che in un contesto meramente didattico il *dare operam* indichi un’attività scientifica (quella appunto di ammaestramento che si svolgerà dal giurista nel seguito) più che non un’attività pratica, non può dubitarsi d’altra parte del fatto che l’insegnamento giuridico non è mai (e ancor meno nel mondo antico) insegnamento fine a se stesso, bensì preordinato per la pratica attuazione. Del resto, se Ulpiano avesse voluto indicare in quella espressione di inizio la sola attività di chi si accinge ad apprendere il diritto avrebbe forse usato piuttosto il genitivo *iuris*. Una volta di più l’espressione testimonia dunque, e assai suggestivamente, una profonda consapevolezza circa la necessità dell’opera dell’uomo per la concreta realizzazione del diritto, opera che viene a consistere appunto nella giustizia.

---

*Myst. Theol.*, 2: si veda l’opera *In librum beati Dionysii de divinis nominibus expositio*, 13, 19, 23-25, 609, 897, nell’edizione Torino-Roma 1950 rispettivamente a pag. 7, 8, 232 e 335.

<sup>51</sup> Aug., *ibidem*.

<sup>52</sup> È problema eterno, che sempre si ripresenta, e che pone l’uomo in un’altalenante “duplicità”, ove voglia mantenere la propria doverosa “fedeltà al cielo” accanto ad una altrettanto imperativa “fedeltà alla terra”: così MANCINI, *L’ethos dell’Occidente, Neoclassicismo etico, profezia cristiana, pensiero critico moderno*, Genova 1990, p. 460 s.

Ma si pensi ancora alla testimonianza di Pomponio, alla sua preoccupazione di sottolineare come *constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci* (D. 1,2,2,13, Pomp. l.s. *enchiridii*), dove la quotidianità del produrre *in melius* sta ad indicare appunto, mi sembrerebbe, la traduzione concreta del *ius* attraverso la sua difesa, la giustizia<sup>53</sup>.

V'è, insindacabilmente, l'eco sia pur lontana di alcune suggestive definizioni ciceroniane di giustizia che mi piace riportare:

Cic., *de fin.* 5,23,65 : Quae animi affectio suum cuique tribuens, atque hanc, quam dico, societatis coniunctionem humanae munifice et aequae tuens, iustitia dicitur: cui adiuncta sunt pietas, bonitas, liberalitas, benignitas, comitas, quaeque sunt generis eiusdem.

Cic., *part. or.* 22,78 : In communione autem quae posita pars est, iustitia dicitur, eaque erga deos religio, erga parentes pietas, [vulgo autem bonitas], creditis in rebus fides, in moderatione animi advertendi lenitas, amicitia in benevolentia nominatur.

La riflessione ciceroniana, mi sembra, prelude già, e chiaramente, all'acquisizione di un concetto di giustizia che faccia i conti con l'uomo, in quanto dall'uomo dipenda nella sua concretezza: la *pietas*, la *bonitas*, la *liberalitas*, la *benignitas*, la *comitas*, e così lo spirito religioso verso gli dei, la reverenza amorosa verso i parenti, la benevolenza verso il popolo, l'onestà nei rapporti di credito, mitezza e moderazione nel punire, amicizia vera nei rapporti con gli altri, sono tutte qualità dell'animo che si esprimono (devono esprimersi) nel comportamento dell'uomo. Ma c'è di più. La testimonianza del *de finibus*, 5,23,65 ["Questa commozione dell'animo che dà a ciascuno il suo e conferisce tutela alla nostra società umana in maniera piena ed eguale, questa si chiama Giustizia: vi sono congregate la pietà (*pietas*), la correttezza assoluta nei rapporti con gli altri (*bonitas*), la libera-

---

<sup>53</sup> "Il diritto, quindi, in Roma presuppone la giurisprudenza, strumento essenziale della sua formazione e del suo progresso (*in melius produci*)": così CERAMI, op. cit., p. 206 ss.

lità (*liberalitas*), la benignità (*benignitas*), la solidarietà (*comitas*) e tutte le altre qualità dello stesso genere”] rappresenta una chiara immagine dell’ossimoro contenuto nel concetto della *iustitia*: la giustizia “conferisce tutela alla nostra società umana in maniera piena ed eguale”, ma al contempo essa, la giustizia, si realizza attraverso l’operare degli uomini che vivono in società (“vi sono congregate la *pietas*, la *bonitas*, la *liberalitas*”, ecc.).

Ed in questo ambito assume il suo più intenso significato la frase apodittica di Cicerone, già citata, *iustitia dicitur ... erga deos religio, erga parentes pietas* (*partit. or.* 22,78): essa verrebbe a significare in fondo che “l’osservanza del rito (la difesa del rito, dove *ius* si intende come rito) verso gli dei è *religio*, verso i parenti è *pietas*”. Frase che impegna particolarmente il comportamento degli uomini verso gli dei e verso i parenti. Frase che poi, connessa ad altre testimonianze, ciceroniane e non [si pensi al *de leg.* 2,11,27, già citato, *tum maxume et pietatem et religionem versari in animis, cum rebus divinis operam daremus*<sup>54</sup>; ma si pensi anche al *quodsi iustitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum* del *de leg.* 1,15,42; o alla considerazione che *etenim iustitiae non natura nec voluntas sed inbecillitas mater est* del *de rep.* 3,12,20(23), dove l’*imbecillitas* rappresenta l’ottusità degli uomini prima del “patto sociale”<sup>55</sup>; o ancora alla lode che Cicerone rivolge a Servio Sulpicio, il *nec enim ille magis iuris consultus quam iustitiae fuit*, che si legge nelle Filippiche (*phil.* 9,10)], costituisce una delle espressioni più significative a dire della necessità che l’uomo si erga, esso stesso, a difensore del *ius*. Null’altro giustifica l’*est autem a iustitia appellatum* di Ulpiano (D. 1,1,1 pr.), se non questa necessaria dipendenza del *ius* stesso, per la sua concreta realizzazione, dalla fattiva attività dell’uomo.

Ma ecco che, al contempo, le stesse fonti si accostano al tema della giustizia riprendendo, ma su basi assolutamente innovative, il senso della opposta dipendenza dell’uomo dalla giustizia.

<sup>54</sup> Si noti che il costrutto adoperato da Cicerone, il *rebus divinis operam dare*, è lo stesso dell’esordio ulpiano, *iuri operam daturum*.

<sup>55</sup> *Sed cum alius alium timet et homo hominem et ordo ordinem, tum quia sibi nemo confidit, quasi pactio fit inter populum et potentis; ex quo existit id quod Scipio laudabat coniunctum civitatis genus; etenim ...*

Altrove (e spesso) ancora Cicerone tratta del diritto come di un'entità creata per l'utilità degli uomini

*de leg.* 1,15,43 : Atqui si natura confirmatura ius non erit, virtutes omnes tollantur. Ubi enim liberalitas, ubi patriae caritas, ubi pietas, ubi bene merendi de altero aut referendae gratiae voluntas poterit existere? Nam haec nascuntur ex eo quod natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum iuris est<sup>56</sup>,

cui consegue l'ancor più significativo *per se ... ius est expectandum et colendum; quodsi ius, etiam iustitia; sin ea, reliquae quoque virtutes per se colendae sunt* di *de leg.* 1,18,48.

È ancora Cicerone che, là dove, nel *de finibus*, esalta le capacità dell'uomo (*ad altiora quaedam et magnificentiora, mihi crede, Torquate, nati sumus*), e all'animo umano (*ex partibus animi*) confida la giustizia, se ne viene con una espressione che consente una duplice lettura:

*de fin.* 2,34,113 : ... in quibus (animi partibus) ... inest ad humanam societatem iustitiae fida custodia

dove il genitivo *iustitiae* è impiegato in un'ambigua collocazione che può essere soggettiva (la giustizia è fida custodia ad uso e vantaggio dell'umana società), ovvero, allo stesso tempo, oggettiva (la custodia, la cura, l'osservanza della giustizia deve avere gran parte nell'anima al fine del giovamento dell'umana società).

Per una lettura giuridica basti qui soltanto un esempio, uno fra i mille in cui il diritto, la soluzione giudiziale del caso concreto, l'*interpretatio* giurisprudenziale, l'intervento del pretore, vengono preordinati, sotto la pregnanza del concetto di *utilitas*, al vantaggio concreto dell'individuo, quello, cioè, in cui Paolo, trattando degli interdetti (D. 43,1,2,1), dice che *Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aiut de reli-*

---

<sup>56</sup> Cui segue il passo sopra riportato, *de leg.* 1,16,43, relativo al consolidarsi di *caerimoniae religionesque*. Vedi anche *de off.* 2,11,38-40 (in 2,11,40 si parla di *vis* della giustizia), nonché 3,5,24 e 3,25,96; *de fin.* 1,16,50 e 3,21,70; *de rep.* 3,14,22(24).

gione. ... *Hominum causa competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris tuendi causa vel ...*<sup>57</sup>.

Si crea così, in rapporto alla *iustitia*, un movimento circolare: il diritto realizza l'uomo, perché ne esalta la potenzialità giuridica, ma l'uomo, a sua volta, realizza il diritto praticandolo concretamente nel distribuire a ciascuno il suo.

<sup>57</sup> L'esemplificazione potrebbe essere assai lunga, come dimostra la ricchezza di rimandi alle voci relative (*utilitas, utilis*, e simili) del *Vocabularium iurisprudentiae romanae*. Qui basti citare ancora il passo ulpiano di apertura del *de iustitia et iure*, D. 1,1,1,2: *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*. In un clima di nuovo cambiato la Glossa dirà *auctor iuris homo, iustitiae Deus*.